



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

**Constitution et système de gouvernement
chez
Raymond Carré de Malberg**

Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit public approfondi présenté par

Joachim TAVOILLOT

Sous la direction de Monsieur le Professeur Armel le Divellec

Année universitaire 2018/2019

Remerciements

Je tiens à remercier le Professeur Armel le Divellec pour m'avoir fait découvrir tout au long de cette année une approche originale du droit constitutionnel et pour avoir accepté de diriger ce mémoire.

Introduction

L'intitulé de notre étude est déjà, sans que le cas de Carré de Malberg entre en considération, une problématique à part entière. Parler de constitution et système de gouvernement, c'est affirmer que nous sommes en présence de deux notions distinctes. Or une telle affirmation n'est pas neutre. Elle recouvre un parti pris qui justifie autant qu'il finalise notre étude : il n'existe pas de lien de causalité absolu entre un texte constitutionnel, la signification qu'on lui attribue et la pratique que l'on en fait. Cette proposition initiale - qui n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine publiciste française - apparaît ainsi comme la clé de voûte de toute notre recherche. C'est pourquoi nous souhaitons en poser les termes en priorité (I) avant d'établir les liens et l'intérêt de cette problématique générale avec l'oeuvre de Malberg (II).

I- Constitution et système de gouvernement, un couple nécessaire

A- La constitution, notion fondamentale en proie à de nombreuses incertitudes

Tout part de la première notion de notre intitulé, celle de Constitution. En apparence aucune difficulté : la constitution n'est-elle pas cette norme fondamentale trônant au sommet de la pyramide des normes ? Si l'on peut être tenté de répondre par l'affirmative, tant cette définition s'est imposée, il faut s'en détourner. Nous suivrons ici dans une large mesure les travaux du Professeur Armel le Divellec¹ sur les ambiguïtés entourant la notion de constitution dans la doctrine contemporaine. En effet, loin d'être un concept bien défini, la Constitution est en proie à deux incertitudes majeurs : la première sur le critérium de sa délimitation (1) ; la seconde sur les fondements de sa signification (2).

1) L'incertitude sur le critère d'identification d'une constitution

La première difficulté porte sur le choix du critérium d'identification d'une constitution : est-il formel ou matériel ?

¹ Voir les références en bibliographie

Dans l'acceptation matérielle, est constitutionnel tout ce qui concerne l'organisation des pouvoirs publics et la défense des libertés individuelles. La matière constitutionnelle s'identifiera ainsi sans considération de forme. Que les règles soient rigides ou souples, écrites ou coutumières, compilées dans un texte unique ou éparpillées dans plusieurs documents... il faudra leur apposer le label de « Constitution » dès qu'elles rempliront les conditions de fond ci-dessus exposées. On l'aperçoit sans difficulté, une telle définition ouvre à son tour des abîmes d'incertitudes.

Concernant d'abord le choix de ce qui est matériellement constitutionnel, aucun consensus n'existe réellement. Nous avons précédemment repris, dans les grands traits, le projet constitutionnaliste tel que prévu à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen. Mais bien d'autres acceptations sont possibles : ainsi, pour Maurice Duverger², ce seraient l'ensemble des institutions politiques d'un pays par exemple ou, pour le Doyen Vedel³, les règles de droit les plus importantes ou essentielles de l'Etat.

Ensuite, au sein même d'une définition matérielle, les frontières ne sont pas évidentes à fixer. Si l'on reprend la définition matérielle d'une constitution comme organisation des pouvoirs publics et défense des libertés individuelles, où mettre la frontière ? Quand peut-on affirmer qu'une règle concerne ces matières ou ne les concerne plus ? Faut-il invoquer un critère de généralité de la règle ? D'importance ou de caractère décisif sachant que ce caractère sera lui-même soumis à discussion ? On voit bien là que le choix de faire entrer telle règle dans la matière constitutionnelle fait lui-même difficulté. La volonté de trouver un critérium efficace de la notion de constitution serait donc mise en échec.

Enfin, une telle définition présente le risque de dissoudre le caractère juridique de la matière constitutionnelle. En effet, si la définition d'une constitution repose sur le fond des choses et non leur forme, cela signifie que toute règle, qu'elle soit écrite ou non, coutumière (au sens anglo-saxon) ou simplement d'usage, devra être considérée comme appartenant à la constitution. La constitution serait alors aussi bien de l'être que du devoir-être sans que l'on puisse réellement considérer la distinction et les relations entre les faits et les normes. On voit bien la difficulté que cela pourrait poser pour tout juriste cherchant à identifier la constitution d'un pays...

La définition matérielle a donc comme inconvénient de n'être pas une réelle définition mais bien plutôt un abîme sans fond.

² Duverger (M.), *Manuel de droit constitutionnel et science politique*, Paris, PUF, 1948, p. 190

³ Vedel (G.), *Manuel Élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 112

Le choix d'un critère formel peut être vu, d'une certaine manière comme une réaction à l'incertitude du critère matériel. Il est le choix de la rigueur et de la clarté. Ce critère recoupe deux sens possibles, dont seul le second nous apparaît réellement décisif. Le premier est celui d'un texte unique et solennel rassemblant un ensemble de dispositions. C'est ainsi que sous la Ve République, on parle de la constitution formelle, c'est-à-dire le texte de 1958, modifié à plusieurs reprises, pour l'opposer au bloc de constitutionnalité. Le critère formel dans cette acceptation ne se suffit pas. En effet, une loi est bien un texte unique et solennel rassemblant un ensemble de dispositions. Peut-on pour autant la qualifier de constitution ? Certainement pas. Mais pour justifier cela sans retomber dans l'analyse matérielle, il faut donner au critère formel son sens décisif : celui de rigidité. L'idée est simple : une constitution se reconnaît par sa procédure d'adoption et de révision spéciale - dérogatoire de celles des lois ordinaires - qui lui garantit une valeur juridique supérieure. Ici seule la forme compte. Une telle acceptation est tentante par la simplicité qu'elle apporte. Malheureusement elle soulève elle-même de nombreuses difficultés.

La première, sans doute loin d'être décisive, tient à l'histoire de la notion de constitution. La constitution est avant tout un projet moderne, celui par lequel l'Homme reconnaissant enfin son autonomie, fixe lui-même les règles qu'il va suivre. Dans *Qu'est-ce que le Tiers- Etat (1789)*, l'Abbé Sieyès, père du constitutionnalisme révolutionnaire, considérait qu'une constitution avait pour fonction de faire exister la société et le corps politique en lui fixant son organisation. A cela il ajoutait certes un critère de rigidité. Mais celui-ci avait pour but uniquement de protéger le contenu, la matière de la constitution : il fallait mettre hors de portée des gouvernements les règles du jeu de leurs propres pouvoirs.⁴ D'un point de vue de l'histoire des idées, le critère formel sans le matériel est donc orphelin.

La seconde difficulté est sans doute plus recevable pour celui qui veut se placer sur le terrain du « pur » droit. Si l'on accepte que le critère décisif d'une constitution est le critère formel au sens de rigidité, il faut en déduire que bon nombre de constitution du XIXe siècle et du début du XXe siècle n'en étaient pas (voir : Constitution du Royaume d'Espagne de 1834 ou 1876 ; première constitution de l'URSS de 1918 ; constitution de l'Afrique du Sud de 1909...) et surtout que le Royaume-Uni n'a pas et n'a jamais eu de constitution. Pourtant, personne ne refuse aux britanniques l'existence d'une constitution. La raison en est tout simplement que par constitution, on ne peut s'empêcher de penser, en plus de la forme, à une matière. Cela se justifie d'autant plus qu'aucun autre terme, aucune notion juridique ne permet aujourd'hui d'englober les règles que l'on

⁴ Sieyès (E.), *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, Paris, PUF (« Quadrige »), 1982, p. 66-68.

entend désigner par Constitution. C'est ce qui explique que - non sans contradiction - on retrouve le terme de constitution britannique dans des manuels et chez des auteurs qui ont pourtant témoigné leur attachement au criterium formel.

Enfin il faut rappeler que, si le critère formel est considéré comme décisif juridiquement, c'est qu'il est sensé garantir la supériorité de la constitution dans la hiérarchie des normes. L'argument est le suivant : la rigidité d'un texte constitutionnel est le seul élément intéressant le juriste puisque lui seul produit des conséquences véritablement juridiques à savoir que la constitution s'impose aux normes de rangs inférieurs - notamment la loi et le règlement. Or, sur ce point, l'histoire a démontré qu'il n'y avait aucune automaticité de la supériorité normative de la constitution rigide. Le meilleur exemple à cet égard est celui des trois lois constitutionnelles de 1875 qui, malgré une procédure d'adoption différente de celle des lois ordinaires (article 8 de la loi du 25 février 1875), n'ont jamais eu dans l'ordre juridique cette prééminence. Leur procédure d'adoption spéciale n'a en rien été source d'une force juridique spéciale. Kelsen lui-même, sur cette question, reconnaissait que la place de la constitution dans la chaîne de production du droit ne lui garantissait pas automatiquement une véritable domination sur l'ordre juridique⁵. Pour cela, il fallait prévoir l'existence d'un juge constitutionnel.

Aucune des deux définitions n'est donc, prise seule, satisfaisante. Voilà pourquoi tout discours sur la constitution doit s'accompagner de l'adjectif - formel ou matériel - qui précise l'acceptation choisie. *Pour notre part, nous nous concentrerons sur la constitution au sens formel pour deux raisons.* D'abord, c'est la définition qui s'est imposée en France dans la doctrine publiciste par le biais notamment d'un auteur qui n'est pas étranger à notre étude... Ensuite, parce que seule la constitution au sens formel soulève véritablement la deuxième incertitude que nous avons annoncée.

2) L'incertitude sur la signification de l'objet constitution

La deuxième incertitude est moins abstraite. Elle ne concerne plus les critères d'identification d'une notion en général. *Elle porte sur ce à quoi renvoie le mot constitution lorsqu'il est utilisé pour parler de la signification d'une constitution formelle individualisée.* C'est-à-dire au fond : qu'entend-on, dans le cadre des débats ou discussions politiques et doctrinales,

⁵ Kelsen (H.), « La Garantie juridictionnelle de la Constitution », in *R.D.P.*, 1928, p. 250-252

lorsque l'on affirme, par exemple, que, selon la constitution de 1958, le Président de la République n'est pas un simple arbitre mais un acteur politique ? Que recouvre le terme constitution quand on l'utilise dans un sens pratique ? La question peut paraître étrange : nous parlons évidemment du texte constitutionnel. C'est en vertu de la constitution au sens formel que le président est l'organe prépondérant, que le Parlement est limité, que le Premier ministre est secondarisé...

L'évidence d'une telle réponse doit pourtant être rejetée : *définir l'objet constitution ne permet pas d'obtenir le sens de cet objet*. Dire que la constitution française est le texte de 1958 - ce qui est d'ailleurs contestable au regard du bloc de constitutionnalité, mais là n'est pas le débat - ne résout en rien la problématique de savoir quel est le sens de ce texte, c'est-à-dire savoir ce qu'il permet, prescrit, laisse à l'appréciation des acteurs... En effet, au sens formel et purement technique, la constitution n'est qu'une collection de textes et non un ensemble cohérent porteur de sens. La question de l'application des constitutions ne peut donc être résolue par la simple énonciation de la définition formelle de cette dernière. Il faut mobiliser un deuxième niveau de discours. A ce titre, deux « écoles » sont possibles.

On peut d'abord considérer que les textes ont un sens objectif et nécessaire qu'il suffit de découvrir. C'est la thèse de « l'interprétation connaissance », selon laquelle la norme préexiste à l'interprétation. La conséquence d'une telle posture est de fusionner un objet et sa signification : le texte et son sens sont en fin de compte la même chose. Ainsi, lorsque l'on parle d'une constitution individualisée pour en dégager une signification, cette constitution dont l'on parle n'est pas différente de ce qu'on a défini comme l'objet constitution. Il n'y aurait par conséquent aucune dualité du discours sur la constitution : la définition de la constitution comporte en germe sa signification ; il suffit de définir l'objet pour en avoir le sens puisque ce sens est unique et objectif.

Or on perçoit aisément les faiblesses d'une telle conception. Sans anticiper sur la deuxième « école », qui est une critique de la première, constatons simplement que, si l'interprétation connaissance est à la limite concevable pour un texte individuel - par exemple un article d'une constitution - elle l'est plus difficilement pour la constitution prise comme un ensemble. En effet, une constitution formelle n'est pas un texte mais une collection de textes. Or à quoi peut bien renvoyer la signification objective d'un ensemble de texte... Pour sortir de cette impasse il serait possible de définir la signification objective d'une constitution formelle comme la signification objective de la lecture combinée des différents articles. Cette lecture combinée déboucherait sur un système cohérent qui serait à la fois le fruit des dispositions individuelles, et la cause de leur signification. Mais cela reviendrait à introduire une dualité - que la notion formelle de constitution

ne permet pas de penser - entre les dispositions constitutionnelles et le système constitutionnel. Ne retrouve-t-on pas d'ailleurs une telle dualité sous la plume de certains auteurs et même parfois du juge pourtant attachés à une acceptation formelle de la constitution ?⁶

Laissons ces critiques de côté pour résumer la thèse de l'interprétation connaissance : que l'on prenne la constitution comme un ensemble ou article par article, l'idée principale de cette école est que toute signification est un donné et non un construit. Voilà le véritable enseignement. Or c'est justement sur ce point que la thèse inverse objecte.

La seconde école est celle de « l'interprétation volonté », étroitement liée au courant réaliste importé des Etats-Unis en France par Michel Troper. Elle repose sur le postulat d'une indétermination normative des textes. L'idée est que ces derniers ne contiennent pas *a priori* des normes uniques et objectives qu'il faudrait découvrir mais une pluralité, voire une infinité de significations possibles parmi lesquelles l'interprète choisit. Ici, l'équivalence objet/signification est brisée puisque définir un objet ne revient logiquement jamais à obtenir une signification. Revenons à l'idée d'indétermination des textes et confrontons-la à la notion de constitution. L'indétermination d'une constitution au sens formel peut tenir à trois choses.

D'abord dans les termes même qu'elle utilise. On voit souvent dans une constitution la mention de termes comme ceux de souveraineté, de contrôle, d'arbitre, de responsabilité... Or ces termes ne sont jamais définis directement par le texte constitutionnel. Ce dernier renvoie donc, on le comprend, à des notions qui, bien que potentiellement juridiques, ne sont pas purement positives dans la mesure où leur signification n'est pas textuellement arrêtée. Les organes d'application devront donc mobiliser des conceptions extra-textuelles pour donner une signification aux textes. Et, à moins de considérer que chaque concept est une essence, existant en soi et qu'il faudrait découvrir, force est de reconnaître qu'il y a là un premier élément d'indétermination.

Ensuite, les textes constitutionnels ont pour habitude de renvoyer à d'autres textes pour préciser un point de droit qu'ils se contentent d'évoquer ou dont ils posent le principe. On a bien entendu ici à l'esprit les lois organiques de la constitution formelle de 1958 - notamment en matière d'incompatibilité ou de régime électoral - mais aussi les règlements des assemblées. Sans ces textes, de nombreuses dispositions de la constitution formelle seraient sans effet et sans véritable sens. Et,

⁶ Nous pensons aux expressions « d'esprit de la constitution ou des institutions » sur lesquelles nous aurons l'occasion d'insister à la fin de notre étude

une nouvelle fois, à moins de considérer que le contenu de ces textes « secondaires » était prédéterminé, il y a là un deuxième élément d'indétermination des textes constitutionnels.

Enfin, troisième et dernier élément d'indétermination : la neutralité des mécanismes formels. Une constitution contient - de manière générale - principalement des mécanismes d'habilitation. Ces mécanismes prévoient, par exemple, que la signature de tel organe est nécessaire à l'adoption d'un texte, que tel organe peut dissoudre l'assemblée, demander une nouvelle délibération des textes, promulguer les lois... Mais ils ne permettent pas en eux-mêmes de déterminer : leur caractère d'attribution ou de pouvoir ; l'usage qui peut en être fait. Prenons, par exemple, le pouvoir de nomination du chef de gouvernement par le chef de l'Etat. Sans prise en compte de la réalité politique, des rapports de force, des pratiques... il est impossible de véritablement savoir si un tel mécanisme laisse au chef de l'Etat une véritable marge de manœuvre dans le choix du chef du gouvernement. De même lorsqu'un texte prévoit la signature d'un organe, ce dernier a-t-il l'obligation ou le choix de l'apposer ? : « Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres » (article 13 de la constitution de 1958). Peut-on *a priori* déterminer si cet article pose une obligation ou une capacité ? Certainement pas, c'est la pratique du mécanisme ainsi que sa mise en relation avec les attributions des autres organes constitués qui en déterminera - non nécessairement de façon définitive - sa signification et sa valeur. Sur cette question René Capitant affirmait déjà « qu'une même forme peut recouvrir des réalités différentes. Une signature, notamment, peut être soit le signe d'une compétence, la manifestation d'une volonté pour faire l'acte juridique, soit simplement une formalité nécessaire à la validité de l'acte juridique, émanant non de l'auteur, mais d'un témoin ou d'un officier public attestant ou authentifiant l'acte »⁷. On pourrait ici multiplier les exemples mais les travaux du Professeur Armel le Divellec ont suffisamment démontré cette indétermination des mécanismes formels pour qu'il soit réellement pertinent de reprendre l'ensemble des précédents historiques. L'idée essentielle qu'il faut simplement retenir est qu'une même forme, un même mécanisme, peut recouvrir plusieurs significations et plusieurs pratiques différentes.

Il est possible d'ajouter un dernier élément qui ne joue pas exactement sur le même plan : celui de l'incomplétude des textes constitutionnels. Il ne s'agit plus de souligner l'indétermination de textes mais de constater leur absence. En effet, une constitution, qui a pour but général de poser une forme de « plan de gouvernement », ne prévoit jamais totalement ce qui est nécessaire pour faire fonctionner les institutions. La pratique pose de nombreuses questions pour lesquelles aucun

⁷ Capitant (R.), « La coutume constitutionnelle », 1929, rééd. *RDP*, 1979

texte n'existe et qui suppose donc l'émergence d'une convention - pour reprendre le terme que Pierre Avril⁸ reprend lui même à Dicey - pour que le reste des institutions puissent fonctionner. Pour ne donner qu'un exemple - mais suffisamment éloquent - aucun article dans les trois lois constitutionnelles de 1875 ne mentionnait le mode de désignation du Gouvernement. Ce dernier était pourtant mentionné à plusieurs articles notamment pour des questions de responsabilité politique ou de contreseing des actes du président de la République. Par convention, le pouvoir de nomination et de révocation est revenu au président de la République, même si l'on sait le faible usage politique qu'il en fit. Cette incomplétude flagrante du texte constitutionnel rendait nécessaire l'émergence d'une convention - *praeter legem* - sans laquelle il ne pouvait fonctionner.

De de tous ces éléments il faut tirer la conséquence que la constitution - comme signification - est un construit plutôt qu'un donné. Il y a dans une constitution formelle une part structurelle d'indétermination et d'incomplétude. Cette indétermination suppose la survenance de concrétisation de diverses natures mais souvent combinées (factuelles par les pratiques ; intellectuelles par les interprétations). On peut alors reposer notre question initiale : de quoi parle-t-on lorsqu'on affirme que telle constitution implique telle signification ? A défaut de parler de la constitution formelle on ne peut parler que d'une des formes possibles de sa concrétisation. Quand on affirme que selon la constitution, le Président est l'organe prépondérant, que le Président peut ou ne peut pas réviser la constitution par l'usage du référendum de l'article 11, que le Parlement est soumis à l'exécutif, il ne s'agit pas d'une vérité découlant mécaniquement ou nécessairement de la constitution formelle mais une certaine lecture et application de cette dernière. On en arrive à la conclusion que la constitution formelle n'est qu'une composante de la constitution comme signification et que réciproquement, la constitution comme signification ne se réduit jamais à la constitution formelle. *C'est à ce stade du raisonnement qu'intervient notre seconde notion clé : celle de système de gouvernement.*

B- Le système de gouvernement, notion essentielle pour parler de la constitution comme signification

La notion de système de gouvernement est une nouvelle fois empruntée aux travaux du Professeur Armel le Divellec. Elle découle des réflexions sur la notion de Constitution, plus précisément sur la partie du phénomène constitutionnel concernant les relations entre pouvoirs

⁸ Avril (P.), *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, collection « Léviathan », 1997

constitués - d'où le terme de système de gouvernement. L'idée est simple : si l'on considère que la signification d'une constitution ne se réduit pas à l'incantation de la constitution formelle, le système de gouvernement représente alors un certain agencement du droit de la constitution débouchant sur un système cohérent et stable.

Précisons ce premier point. La notion de système de gouvernement se distingue à la fois du droit de la constitution - c'est-à-dire la constitution au sens formel - et du système politique - c'est-à-dire la vie politique d'un pays en général. Pour ce qui est de la première distinction, nous l'avons déjà longuement étayée : une constitution au sens formel n'a pas une signification objective et *a priori*, mais doit être concrétisée pour déboucher sur un sens général cohérent. La seconde distinction mérite davantage de développement. Le système de gouvernement concerne les grands équilibres institutionnels, c'est-à-dire au fond les questions portant sur l'exercice des compétences constitutionnelles, les rapports entre les organes constitués, la signification politique accordée à des mécanismes purement formels... Il ne se confond pas avec les pratiques politiques de toute nature. Ainsi, des questions comme l'existence d'un bipartisme ou d'un éclatement électoral, celle de la personnalité des grands décideurs politiques, les techniques purement politiciennes pour la conquête du pouvoir... ne concernent pas en soi le système de gouvernement. Elles peuvent influencer ce dernier dès lors qu'elles changent durablement et profondément l'équilibre institutionnel. A ce titre, les personnalités d'un De Gaulle en France ou d'un Adenauer en Allemagne ont incontestablement marqué de leur empreinte les rapports entre les organes et la signification donnée à nombre de mécanismes formels prévus par les textes. Mais elles ne constituent pas *stricto sensu* une partie du système de gouvernement qui est plutôt leur résultat.

Par là on comprend que le système de gouvernement désigne la signification ou la valeur donnée abstraitement aux fonctions et mécanismes formels prévus par la constitution. Par abstrait il faut comprendre ici indépendamment d'une personne politique, d'un acteur individualisé. C'est en ce sens que le système de gouvernement renvoie à une systématisation cohérente et stable de la constitution formelle : les personnalités politiques se glissent dans des fonctions et font usage de pouvoirs conformément à une signification de la constitution formelle qui les précède et qui s'impose à eux.

Prenons quelques exemples pour illustrer cette particularité de la notion de système de gouvernement. Le cas de la France de la Ve République est très éclairant. Deux systèmes de gouvernement ont jusqu'à ce jour existé : le fait majoritaire et la cohabitation. En effet, selon que la

majorité à l'Assemblée Nationale soit favorable ou défavorable au Président de la République en place, la signification donnée aux mécanismes formels du texte constitutionnel ainsi que la place des différents organes sont profondément bouleversées. Ainsi, dans le cas du fait majoritaire, l'exécutif est moniste dans la mesure où les prérogatives en principe partagées entre Président et Premier ministre sont en réalité captées par le premier. On y note par ailleurs un grand pouvoir discrétionnaire et une extension des attributions du Président : c'est lui qui choisit le Premier ministre et non l'Assemblée nationale qui a pourtant le pouvoir de renverser le gouvernement (article 49) ; le champs des « décrets délibérés en conseil des ministres » est étendu à tous les décrets passant - sans nécessairement être discutés - en Conseil des ministres (Conseil d'Etat, 24 novembre 1976, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique* ; Conseil d'Etat, assemblée, 10 septembre 1992, *Meyet*) ; le mécanisme de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel par le Président n'a aucune véritable utilité autre que symbolique⁹... A l'inverse, en cohabitation, l'exécutif se dualise puisque Président et Premier ministre ont tous deux une légitimité suffisante pour se faire face. La conséquence est un changement dans l'interprétation et l'application de la constitution formelle : le pouvoir de nomination du Premier ministre par le Président est désormais conditionné en partie par le choix de l'opposition présente à l'Assemblée Nationale ; l'exigence de la signature du Président pour les « décrets délibérés en conseil des ministres » est réduite aux décrets pour lesquels un texte impose expressément leur délibération en Conseil des ministres (Conseil d'Etat, 10 octobre 1987, *Syndicat autonome des enseignements de médecine*) ; le pouvoir de saisine du Conseil constitutionnel par le Président retrouve son utilité... La puissance normalement prépondérante du Président de la République et la lecture présidentialisée de la constitution formelle est donc tempérée par la figure du Premier ministre et une lecture plus parlementariste ou dualiste du texte de 1958.

Ce sont ces grands équilibres que nous désignons par le terme de « système de gouvernement ». On comprend alors que si les « styles » des présidents ont sans doute été différents, qu'il s'agissent du général De Gaulle, de Valéry Giscard d'Estaing ou de François Hollande, que si les réalités partisanes ont pu être bouleversées - notamment avec la chute des grands partis traditionnels lors de l'élection présidentielle de 2017 -, tout cela concerne la vie politique en général et non le système de gouvernement. Ainsi, en France, que le président ait été de droite ou de gauche, social ou libéral, de l'ancienne ou de la nouvelle génération, le système de

⁹ Le président François Hollande avait ainsi saisi le Conseil sur la loi de renseignement du 24 juillet 2015 et plus récemment le président Emmanuel Macron a suivi ce précédent concernant la loi Anti-casseur.

gouvernement faisant du Président l'organe prépondérant n'a jamais été modifié - sauf comme nous l'avons montré, lors des phases de cohabitations.

Avec ces exemples, on voit que le système de gouvernement se distingue aussi bien de la constitution formelle - puisque, à énoncé constant, plusieurs systèmes de gouvernement sont possibles - que de la vie politique en générale - puisque, non seulement, tous les faits politiques ne sont pas à même d'influencer un système de gouvernement, mais surtout que le système de gouvernement est le résultat potentiel des faits politiques et non ces faits eux-mêmes. On est surtout conforté dans la certitude que l'approche purement formelle des constitutions est insuffisante pour parler de leur signification et de leur application. Précisons néanmoins un certain point sur lequel nous nous permettons de nous écarter des travaux du Professeur Le Divellec : par système de gouvernement nous n'entendrons pas uniquement un système cohérent et stable réellement en place. Plus largement, on considérera que, par système de gouvernement, il faudra désigner une lecture articulée de la constitution formelle ayant pour effet de la rendre opérationnelle d'un point de vue politique et juridique. Quelle différence avec la définition précédente ? La possibilité de distinguer un système de gouvernement idéal du système de gouvernement effectif.

Le système de gouvernement effectif recoupe la définition du Professeur le Divellec que nous avons exposée. Le système de gouvernement idéal désigne, quant à lui, ce que les lecteurs d'une constitution peuvent considérer comme étant son sens véritable et la seule façon dont elle doit être mise en œuvre. C'est ainsi que l'on trouve de façon fréquente, sous la plume de juristes ou non-juristes, la critique du système de gouvernement effectif par la référence au système de gouvernement idéal¹⁰. Souvent ces deux « types » de système de gouvernement sont confondus dans la pensée d'auteurs ou de praticiens : c'est par la référence à un système de gouvernement idéal que les interprétations/concrétisations de la constitution formelle vont déboucher sur un certain système de gouvernement effectif ; inversement, c'est par la référence à un système de gouvernement idéal que le système de gouvernement effectif va être *a posteriori* justifié et expliqué. Mais leur distinction n'en reste pas moins essentielle pour penser le phénomène constitutionnel et la réflexion sur ce dernier, notamment lorsqu'il s'agit, comme nous le verrons de Raymond Carré de Malberg.

¹⁰ Sous la Ve République, la présidentialisation du régime est bien souvent critiquée au motif qu'elle ne respecte pas le dualisme de l'exécutif organisé par le texte constitutionnel, notamment en privant le gouvernement, chargé pourtant de « déterminer et conduire la politique de la nation » (article 21), d'un réel pouvoir d'impulsion.

C- Enjeux fondamentaux des relations entre constitution formelle et système de gouvernement

Avec cette présentation des deux notions cardinales de notre étude, nous avons esquissé les enjeux profonds qu'elles soulèvent dans leur mise en relation. Ces enjeux méritent d'être clairement énoncés. Réfléchir sur les notions de constitution formelle et système de gouvernement revient donc à mener une réflexion :

- 1) Sur le droit formel et sa nécessaire mise en cohérence - ou sa mise en système - pour en tirer une signification : le sens du droit est le résultat d'un travail de construction et non de découverte objective
- 2) Sur ce qu'est une constitution et comment il est possible de parler d'un tel objet dans un sens pratique ou opérationnel : de la constitution comme objet comment arrive-t-on à la constitution comme signification ?
- 3) Sur la capacité du droit - et notamment du droit constitutionnel - à normer la politique

Il s'agit donc d'une réflexion sur le droit positif dont les conséquences dépassent largement la sphère du pur droit pour toucher celle de la politique, voire de la philosophie politique - du moins avec certitude celle de la philosophie du droit. Car parler de constitution et système de gouvernement, c'est désacraliser le texte, relativiser son caractère fondateur et explicatif du réel. Entre le texte et son sens, entre le texte et sa pratique, il y a une médiation humaine qui interdit toute idée de nécessité ou de causalité absolue.

II- Raymond Carré de Malberg et la problématique « constitution/ système de gouvernement »

A- Un monument du droit public père de la définition formelle de la constitution

Les deux notions clés de notre sujet étant posées, ainsi que leurs enjeux, nous arrivons à la troisième composante de notre intitulé : Raymond Carré de Malberg. Celle-ci ne va pas de soi :

pourquoi, alors que nous avons montré les problématiques générales de nos deux notions et leur actualité, s'intéresser à un auteur en particulier et, qui plus est, un auteur dont les écrits portent principalement sur une constitution révolue ? Trois raisons justifient de transposer cette problématique générale à la pensée d'un auteur comme Raymond Carré de Malberg.

La place de cet auteur dans l'histoire de la doctrine constitutionnelle et même plus largement publiciste française en est une première. Le célèbre professeur de Strasbourg est sans aucun doute avec Esmein, Duguit et Hauriou l'un des plus grands noms du droit constitutionnel français. Nombre de nos réflexions et considérations actuelles remontent plus ou moins directement à ces pères fondateurs du droit public français. Le premier intérêt de Malberg est donc purement historique ou généalogique.

La seconde raison est intimement liée à la première : si Malberg est un grand auteur, c'est en raison de la puissance de sa pensée et notamment de sa pensée constitutionnelle. A cet égard, sa particularité vis-à-vis des auteurs précités est double. D'abord il est l'un des rares à s'être concentré presque exclusivement sur le droit constitutionnel et sur la théorie de l'Etat, délaissant assez largement le droit administratif. Ensuite, il est celui dont la pensée est sans aucun doute la plus systématisée et la plus aboutie tant en ce qui concerne le droit constitutionnel en général qu'à propos des constitutions particulières comme celle de Weimar, celle de 1791, ou encore, bien entendu, celle de 1875, à laquelle notre étude se référera principalement.

Enfin, Malberg est le père spirituel du formalisme qui s'est imposé dans la doctrine française. Si la filiation de cette approche peut-être ambiguë - ne faut-il pas faire place à d'autres grandes figures comme Hans Kelsen ou Charles Eisenman ? - on retrouve néanmoins presque mot pour mot son approche formaliste de la constitution - que nous exposerons plus bas - dans une partie conséquente de notre doctrine contemporaine. L'exemple le plus éloquent est celui du doyen Vedel dont on peut affirmer que ses analyses sont à peu près représentatives de la « *doxa* constitutionnelle ». Ainsi, dans son ouvrage *Manuel Élémentaire de droit constitutionnel* publié en 2002, il consacre une petite partie à la notion de constitution. Après avoir reproduit succinctement la dualité entre analyse formelle et matérielle, il marque son attachement à la première : « ce qui est essentiel du point de vue de la technique juridique dans la théorie générale de

la Constitution, c'est le point de vue formel »¹¹. Il précise ce qu'il entend par constitution formelle en définissant « un ensemble de règles de droit prises par certains organes et selon certaines procédures auxquelles le droit attribue précisément des caractères spéciaux »¹². Il en arrive à la conclusion qu'est constitutionnel ce qui est adopté ou révisé en la forme constitutionnelle, c'est-à-dire par le pouvoir constituant : « La première conséquence de la notion formelle de Constitution, c'est qu'il existe, tant au point de vue des organes que des formes, une compétence spéciale à laquelle on donne le nom de pouvoir constituant, qui est le pouvoir d'établir ou de modifier la Constitution ».¹³

Cette dernière justification est décisive. La mise en relation des notions de constitution formelle et système de gouvernement est une critique de l'acceptation uniquement formelle de la constitution. Malberg est le père du formalisme. Quoi de mieux alors que de les confronter à celui qui apparait comme la référence de cette « école de pensée » ? C'est ici une expérience de falsifiabilité de notre thèse initiale. En effet, si Malberg réussit, contrairement à tout ce que nous avons précédemment affirmé, à penser la constitution uniquement comme une forme, alors nous aurons la certitude d'être dans l'erreur. Si à l'inverse nous montrons les insuffisances de son analyse formelle, alors, sans pour autant avoir démontré avec certitude que toute analyse formelle est impossible - car il faudrait, pour cela, prendre en considération toutes les analyses qui ont existé, existent, et existeront - nous aurons néanmoins porté un véritable coup à la légitimité d'une telle approche.

B- Une assimilation « constitution/système de gouvernement » reposant sur des prémisses formalistes

Afin de préciser notre problématique, il convient de présenter, en première approximation, la démarche générale de notre auteur et d'étayer les raisons que nous poussent à étudier son oeuvre. Deux idées principales apparaissent comme les prémisses justifiant notre volonté de confronter notre thèse à la pensée de Malberg. Il y a d'abord, la démarche positiviste et formaliste du maître Strasbourgeois, dont il tire, bien que paradoxalement, une acception purement formelle de la constitution (1). Ensuite, il y a l'affirmation initiale - que l'on retrouve dans nombre de ses ouvrages

¹¹ Vedel (G.), *Manuel Élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 113

¹² *Ibid.*, p. 114

¹³ *Ibid.*

et plus particulièrement au début de *La Loi, expression de la volonté générale*¹⁴ - d'une identité entre constitution et système de gouvernement sous les Lois constitutionnelles de 1875 (2).

1) Postivisme et formalisme

Présentons la démarche que notre auteur entend s'imposer à lui même et les conséquences qu'il en tire. Pour cela, il faut d'abord exposer les définitions qu'il retient de la science du droit et du droit (a et b) pour ensuite montrer comment il en tire une définition formelle de la constitution (c).

a) La science du droit comme discipline descriptive

La science du droit, pour Malberg, a une fonction descriptive. Elle a pour but de décrire « l'ordre juridique, objet unique de la science du droit » (*Contribution à la théorie générale de l'Etat* tome I p. 64)¹⁵. Cela implique plusieurs choses. D'abord le fait que le juriste ou de façon générale la science du droit ne crée pas le droit mais le met au jour et le décrit. Ensuite, dans cette description, la juriste doit être neutre, c'est-à-dire qu'il doit partir « non de conceptions rationnelles ou *a priori* mais des données positives fournies par le droit public en vigueur » (*CTGE I*, p. 1, note 1). Une telle affirmation est abondamment réaffirmée par Malberg dans ses différents ouvrages et même jusque dans leurs sous-titres précisant toujours : « d'après les données fournies par le droit public en vigueur ».

Ce qui compte pour le juriste ce sont *les textes et leur sens objectif* comme il ne manque pas de le rappeler dans le petit « avertissement » qui précède son exposé dans *La loi* : « la présente étude n'a point pour but de discuter et d'apprécier des idées ou des doctrines, mais seulement de constater et d'établir d'après les données fournies par le droit positif en vigueur, l'un des points capitaux du système constitutionnel français actuel ». Bien entendu une telle affirmation suppose ensuite d'avoir une définition de l'objet de la science du droit c'est à dire tout simplement une définition du droit.

¹⁴ Désormais notée *LEVG*, les références complètes des œuvres de Malberg se trouvant dans notre bibliographie finale.

¹⁵ Désormais notée *CTGE I* (pour le tome I) et *CTGE II* (pour le tome II)

b) La définition du droit par l'autorité

Dans la droite ligne de la tradition positiviste impérativiste dans laquelle on peut ranger Thomas Hobbes et surtout John Austin, Malberg considère que le critère du droit réside dans la contrainte et plus précisément dans la contrainte étatique (b.1). Or un tel critérium d'identification a pour conséquence directe une acception purement formelle du droit (b.2).

b.1 La nécessaire présence d'une contrainte étatique

Par droit positif, Malberg entend le droit posé par une volonté étatique et sanctionné par cette dernière. Son raisonnement est le suivant.

Une règle « ne devient règle de droit proprement dite qu'autant qu'elle possède une sanction matérielle, résultant de ce que son exécution peut-être procurée ou son inexécution réprimée par des moyens humains de coercition immédiate » (*CTGE I*, p. 239). Ainsi pour Malberg, « dans son sens positif et formel, la règle de droit se caractérise donc, non point par la nature idéale de ses dispositions, mais par la nature matérielle de sa sanction et par la force spéciale qu'elle tire de cette sanction en ce qui concerne son exécution. » (*Ibid.*, p. 239).

Or selon lui, cette contrainte qui est « l'essence même de la règle de droit » (*Ibid.*, p. 57 note 6) ne peut exister que dans et par l'Etat. C'est ce qu'il affirme à plusieurs reprises : « Or, dans les temps modernes, il faut bien encore constater cet autre fait que l'Etat seul possède la puissance de conférer aux règles destinées à régir la conduite et les relations humaines une force exécutoire spéciale » (*Ibid.*, p. 239).

Il conclut ainsi « en ce sens il est vrai de dire, aujourd'hui comme à Rome, qu'il n'y a pas de droit sans action, l'action ou sanction du droit ne pouvant naître que par la loi de l'Etat » (*Ibid.*, p. 241, note 19).

b.2 La définition formelle du droit, *auctoritas non veritas facit legem*

Les conséquences d'une telle définition du droit sont double. La première est que, sans Etat, et, donc logiquement, avant l'Etat, il n'y a pas de droit. Ainsi la formation et l'existence de l'Etat lui-même sont des faits que la science du droit ne peut jamais analyser : « Le droit, en tant qu'institution humaine, étant postérieur à l'Etat, ne peut s'appliquer à la formation même de l'Etat » (*CTGE I*, p. 61).

La seconde, qui découle de la première, est que seule la volonté étatique est de nature à produire du droit : « cela veut dire que seule la règle admise et édictée par l'Etat constitue une règle de droit proprement dit » (*Ibid.*, p. 240). On retrouve ici la fameuse formule de Hobbes : c'est l'autorité et non la vérité qui fait la loi. Or, on le sait, cette dernière est elle-même lourde de conséquences. En effet, si le droit n'existe que dans la volonté étatique - seule capable de sanction véritable - cela signifie qu'il ne peut exister de droit naturel ou même rationnel. Une définition impérativiste du droit interdit d'envisager un dualisme avec d'un côté un ordre naturel ou rationnel supérieur et de l'autre un ordre positif inférieur. C'est d'ailleurs bien la conclusion à laquelle arrive Malberg lui-même lorsqu'il affirme que « bien loin d'être dualiste, le système du droit est un, puisque sa formation dépend invariablement de la puissance du législateur » (*Ibid.*, p. 60, note 6).

On en arrive à une vision du droit qui n'est pas sans rappeler celle de Kelsen : le droit est avant tout une notion formelle, qui s'identifie par son mode d'adoption, sa forme, et non par son fond. Une nouvelle fois, sur cette idée Malberg ne laisse pas le moindre doute : « La règle de droit prend par là même un caractère formel, qui la distingue aussitôt de toute autre règle, morale ou utilitaire, et qui exclut notamment la possibilité de concevoir, à côté du droit au sens positif du terme, l'existence du droit naturel » (*Ibid.*, p. 239).

c) De la définition du droit à deux définitions incompatibles de la constitution

Cette ontologie du droit chez Malberg va avoir pour conséquence une définition matérielle et transcendante¹⁶ de la constitution (c.1) à laquelle notre auteur va pourtant préférer - non sans paradoxe - une définition uniquement formelle (c.2).

c.1 La constitution comme matière et condition de possibilité du droit

L'ontologie juridique de Malberg débouche sur une définition de l'Etat. Sans entrer dans les détails d'un sujet sur lequel beaucoup a déjà été écrit¹⁷ et à propos duquel nous aurons l'occasion de revenir dans le reste de nos développements, Malberg considère qu'un Etat suppose deux choses : une unité organique et une puissance de domination originaire. L'idée centrale qu'il faut retenir ici est celle d'organisation unitaire : « Dans la définition dernière de l'Etat, l'élément à placer en

¹⁶ Pour éviter toute ambiguïté, nous entendons par transcendantal (à la manière de Kant) une démarche intellectuelle qui réfléchit aux « conditions de possibilité » d'un fait ou d'une idée

¹⁷ Voir notamment la thèse : Maulin (E.), *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF, 2003, Paris

première ligne, c'est donc son peuple et l'organisation par laquelle ce peuple se trouve étatisé. Or, à l'organe, l'organisation étatique a été de fait, avant de devenir de droit. Les règles de droit n'ont commencé à être créées qu'à la suite de cette organisation primitive d'où allait descendre tout l'ordre juridique ultérieur. C'est ce qui a fait dire que le droit, au sens positif du terme, présuppose l'Etat et l'organisation étatique. On ne peut donc pas, dans la notion de l'Etat, faire intervenir l'élément règle avant l'élément organisation : ce serait prendre pour la cause génératrice de l'Etat ce qui n'est que l'effet de l'organisation étatique » (*Confrontation de la théorie de la formation du droit par degré avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, p. 167)¹⁸.

Avec ce passage, qui peut paraître sinueux, on comprend trois choses : l'Etat suppose une organisation ; cette organisation est un fait puisque concomitante à la formation de l'Etat ; le droit suppose donc cette forme d'organisation. Quel rapport avec la constitution ? Tout simplement le fait que, pour Malberg, c'est la constitution qui réalise cette unité organique, cette organisation nécessaire à l'existence de tout Etat : « *l'existence d'une Constitution forme la condition absolue et la base même de l'Etat* : en ce sens que l'Etat ne peut exister que grâce à un état de chose organique réalisant l'union de tous ses membres sous la puissance de sa volonté supérieure » (*CTGE I*, p. 65, nous soulignons). De là on en déduit deux approches de la notion de constitution.

- La constitution est un fait puisqu'au fondement de l'Etat. Malberg parle alors de Constitution originaire ou primitive : « Cette Constitution originaire n'est, comme l'Etat même auquel elle donne naissance, qu'un pur fait, réfractaire à toute qualification juridique : son établissement ne relève en effet d'aucun ordre juridique antérieur à cet Etat » (*CTGE I*, p. 66). Conséquence logique de sa définition du droit par la contrainte étatique, la Constitution primitive, tout comme la formation de l'Etat, n'est qu'un fait ne pouvant jamais entrer dans le champs de la science du droit.

- La constitution est aussi une matière. En effet, si tout Etat suppose une organisation, c'est-à-dire pour Malberg un ensemble d'organes hiérarchisés, une constitution doit toujours assurer l'existence de ces organes et leurs rapports. Ainsi, que ce soit la constitution originaire ou les constitutions suivantes, elles devront toujours garantir un minimum de contenu sans quoi l'Etat cesserait d'exister : « On dit alors que le groupe possède une Constitution, c'est-à-dire une organisation d'où résulte un pouvoir effectif de domination exercé par certains membres du groupe sur celui-ci entier » (*CTGE I*, p. 67).

¹⁸ Désormais notée *CTFDD*

Dans les deux cas on comprend que la constitution est plus qu'une règle positive et plus qu'un fait : c'est une condition de possibilité du droit puisque sans elle, point d'Etat et donc point d'ordre juridique. *C'est en ce sens que l'on peut parler ici de constitution matérielle transcendante.*

Mais cette définition de la constitution contredit les conclusions formalistes de Malberg selon lesquelles le contenu d'une règle de droit est indifférent à sa qualification de règle de droit. D'où une deuxième définition de la notion de constitution chez notre auteur qui sera sans aucun doute celle la plus mise en avant dans la totalité de ses écrits.

c.2 La définition retenue par Malberg : la constitution au sens formel

De toutes les définitions possibles de la notion de constitution chez Malberg, c'est la formelle qui est la plus célèbre. On peut résumer cette approche de la façon suivante : une constitution se reconnaît par sa procédure de révision spéciale et rigide par rapport à l'adoption des lois ordinaires. Le critère d'identification est donc purement formel puisque la constitution est « une loi faite par un législateur ou un constituant, dans une forme qui diffère toutefois de la loi ordinaire et qui ne vaut comme telle qu'à raison de la compétence constitutionnelle de son auteur » (*CTGE II*, p. 572). Par là, Malberg entend dégager la force spéciale attachée à la notion de constitution. En effet, selon lui, ce qui compte juridiquement, « l'élément essentiel de sa définition, c'est qu'elle est une loi pourvue d'une force supérieure et armée d'une puissance renforcée, en tant qu'elle domine et limite le législateur ordinaire » (*LEVG*, p. 135).

La constitution et le droit constitutionnel pour Malberg se résument donc aux textes adoptés en la forme constitutionnelle. Il faut tout de suite indiquer les conséquences d'une telle approche, puisque c'est celle sur laquelle se base notre auteur lorsqu'il analyse les systèmes constitutionnels positifs, c'est-à-dire, pour reprendre notre présentation initiale, lorsqu'il parle de la constitution comme signification.

D'abord, une telle approche contredit la vision matérielle de la constitution pour une raison purement logique : si le critère essentiel est la forme, ce n'est pas le fond. Nous en voulons pour exemple la citation suivante dans laquelle Malberg parle de la loi ordinaire du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés et dit : « Cette loi est le véritable statut d'organisation de la Chambre des députés, car il a fallu qu'elle règle, quant à cette Chambre, tous les points autres que celui de l'élection au suffrage universel. Elle s'est donné pour ce motif, et elle mérite certes amplement le

nom de loi « organique » ; mais il va de soi que son contenu n'a rien de constitutionnel, comme aussi toutes les matières auxquelles elle touche se sont trouvées placées, dès le début, dans la dépendance du pouvoir législatif du Parlement » (*LEVG*, p. 117). Ici l'absence de caractère constitutionnel de la règle de droit n'est pas lié à son contenu mais à sa procédure d'adoption à savoir celle d'une loi ordinaire. Il est ainsi évident que, pour Malberg, le fond d'une règle n'est jamais de nature à déterminer son caractère constitutionnel. Seule sa forme le peut.

Ensuite, la notion formelle de constitution exclut de la matière constitutionnelle la coutume et plus largement tous les faits en marge des textes. Sur cette exclusion Malberg est plus direct que sur la précédente : « En droit, il n'est pas de coutume à laquelle la législation ne puisse déroger. Et, par conséquent, le juriste ne peut pas parler de « coutume constitutionnelle » : car cette prétendue coutume constitutionnelle ne possède point juridiquement la force spéciale qui est la condition essentielle de la notion de Constitution » (*LEVG*, p. 108). Dans le même sens, il affirme que « la constitution se fait uniquement au moyen de textes : les intentions de ses auteurs ne comptent pas ou, du moins, elles ne possèdent pas force constitutionnelle (*LEVG*, p. 107). L'argument est simple : la constitution se reconnaît par sa force spéciale résultant des conditions rigides de sa modification ; donc, la coutume, les usages, les intentions, etc., parce qu'elles ne présentent pas cette rigidité, ne relèvent jamais du droit constitutionnel.

Notons pourtant, un paradoxe résultant du croisement de ces différentes définitions de la constitution : Malberg affirme que tout Etat suppose une constitution ; Malberg affirme qu'une constitution se définit formellement. Pas de contradiction apparente entre ces deux termes. Mais qu'en est-il si, comme le fait notre auteur, on considère par exemple que les lois constitutionnelles de 1875 - faute d'une véritable rigidité - ne réalisent pas la notion de constitution ? On se retrouve avec une véritable contradiction dans l'emploi de la notion de constitution puisque, ce qui est essentiel à tout Etat, peut néanmoins ne pas être réalisé dans l'Etat, qui est pourtant au coeur de l'analyse de notre auteur : la France¹⁹.

¹⁹ « la Constitution de 1875, par là même qu'elle ne s'est pas mise au-dessus du pouvoir des majorités parlementaires de qui dépend la législation ordinaire, ne possède pas les forces juridiques qui font qu'un ensemble de règles édictées à titre fondamental mérite véritablement et pleinement le nom de Constitution » (*LEVG*, p. 138)

2) Assimilation « constitution formelle/système de gouvernement » : l'attribution d'une signification unique aux lois constitutionnelles de 1875

Laissons pour le moment de côté cette difficulté, pour nous concentrer sur le deuxième point qui rend la pensée de notre auteur si intéressante pour notre sujet : l'assimilation constitution formelle et système de gouvernement (a). Au préalable, pour bien comprendre l'originalité de cette thèse de notre auteur, il nous faut évoquer brièvement le contexte juridique et doctrinal sous la III^e République (b).

a) Les trois lois constitutionnelles de 1875, un compromis à la signification incertaine et débattue

Il est de notoriété publique que les trois lois constitutionnelles du 24, 25 février et 16 juillet 1875 sont un compromis entre Républicains et monarchistes. Cette réalité historique se traduit par une « timidité » des textes constitutionnels.

D'abord, leur brièveté et leur absence d'unité formelle - il s'agit de trois lois constitutionnelles distinctes adoptées séparément et non d'un document unique - révèlent l'absence de projet véritablement consensuel et systématique précédent leur adoption.

Ensuite, la neutralité de leurs dispositions témoignent d'une volonté de créer un cadre qui pourrait aussi bien être utilisé par les monarchistes que par les républicains. On ne trouve en effet ni déclaration de droits, ni préambule, ni référence à des valeurs philosophiques et politiques. Il n'y a véritablement que des mécanismes formels qui sans être totalement dénués de signification politique sont bien loin d'être des manifestes partisans ou des prises de positions claires. Pour citer les principaux nous avons : la responsabilité politique du gouvernement et des ministres devant les chambres et à l'inverse l'irresponsabilité du président de la République sauf dans le cas de haute trahison (article 6 loi du 25 février 1875) ; le pouvoir exécutif attribué au Président de la République mais supposant pour son exercice un contreseing ministériel (article 3 et 6 de la loi du 25 février 1875) ; un pouvoir de dissolution de la Chambre des députés aux mains du Président de la République mais soumis à l'avis conforme du Sénat (article 5 de la loi du 25 février 1875) ; une initiative législative partagée entre le Président de la République et les deux chambres (article 3 loi du 25 février 1875) ; une révision constitutionnelle principalement aux mains des chambres puisque

si l'initiative est partagée avec le président de la République, l'adoption se fait uniquement par l'Assemblée Nationale - réunion de la chambre basse et de la chambre haute - à la majorité absolue de ses membres (article 8 loi du 25 février 1875)... Rien ne semble clairement se dégager, en terme d'équilibre institutionnel, de ces trois lois. Plusieurs configurations apparaissent possibles : un président fort ayant une majorité de soutien dans l'une des deux chambres ou dans les deux ; un cabinet fort maître de la majorité l'ayant porté au pouvoir comme dans le régime anglo-saxon ; un parlement prépondérant qui écrase les deux têtes de l'exécutif que sont les Président et le gouvernement. Et, entre ces grandes tendances, des solutions médianes étaient envisageables comme un Président passant du « roi régnant mais ne gouvernant pas » en période de majorité parlementaire claire à un véritable rôle moteur en cas d'éclatement du corps électoral.

Au delà de ces questions concernant les grands équilibres institutionnels, des questions plus techniques demeuraient, elles aussi, en suspend : existe-t-il un pouvoir réglementaire autonome du Président de la République ? Le Président peut-il refuser de promulguer une loi ? Un contrôle de constitutionnalité des lois est-il envisageable ?... Ces questions techniques n'étaient en réalité pas déconnectées des grands enjeux institutionnels : c'est la place que l'on reconnaissait à chaque autorité qui permettait d'affirmer qu'elle possédait ou non tel pouvoir ou que les actes qu'elle adoptait étaient susceptibles d'être contrôlés par un juge.

Dans la pratique, le système de gouvernement était celui du parlementarisme moniste ou « absolu », selon l'expression de Carré de Malberg. Quelle réalité recouvre ce terme ? : celle d'un Parlement dominant la totalité du jeu institutionnel au point de supprimer la liberté et la force politique et du Président de la République - pourtant doté de nombreuses attributions par le texte constitutionnel - et du gouvernement dont il récupère indirectement les pouvoirs. Malberg insiste à de nombreuses reprises sur ce caractère original du système de gouvernement sous la IIIe République²⁰. Personne ne contestait cette réalité de la domination parlementaire. Les débats doctrinaux de l'époque concernaient la conformité de cette pratique avec le texte constitutionnel.

²⁰ « Au surplus, ce n'est pas seulement dans la supériorité de puissance de l'acte législatif proprement dit, c'est-à-dire de l'acte fait par la voie et en la forme spéciale de la législation, que se manifeste la prééminence de l'organe dit législatif, mais cette prééminence continue à s'affirmer en ce qui touche l'exercice du pouvoir exécutif lui-même » (*CTGE II*, p. 122) ; « la supériorité du Parlement ne s'analyse pas seulement en prépondérance, mais bien en domination » (*CTGE II*, p. 100) ; dans le même sens Malberg affirme que le système français est « arrivé à un point de son développement où il est devenu bien proche du système qui place, en principe même, la puissance gouvernementale dans le Parlement. Il réalise en cela ce qu'on pourrait appeler le parlementarisme absolu, au sens intégral du mot, c'est-à-dire un régime dans lequel le Parlement, devenu maître sur toute la ligne, domine complètement l'Exécutif, par opposition au parlementarisme relatif ou dualiste » (*LEVG*, p. 196)

Ainsi, une grande partie de la doctrine publiciste française considérait que la pratique politique était une violation du texte constitutionnel en ce que ce dernier aménageait un système dualiste d'équilibre entre le président de la République et le Parlement. Sans reprendre la totalité de ces débats, riches, voire interminables, notons simplement que les lectures dualistes de la constitution étaient les plus répandues dans la doctrine. Au nom d'une lecture « objective » des textes, nos auteurs auraient, pour la grande majorité, pu écrire, comme Joseph Barthélémy, « un étranger qui lirait nos textes constitutionnels pourrait croire que le Président de la République est plus puissant qu'un monarque, et plus puissant que le Président des Etats-Unis ». ²¹

b) La position de Malberg, une assimilation « constitution formelle/système de gouvernement idéal/système de gouvernement effectif »

Sur ce point, la position de Malberg est doublement originale.

D'abord, il est l'un des rares auteurs à considérer que le système de gouvernement du parlementarisme moniste ou absolu n'est pas une violation mais la vérité de la constitution. A maintes reprises, il affirme que les lectures dualistes sont des erreurs, l'application de représentation ancienne à un état nouveau du droit positif. C'est en ce sens qu'il rétorque à la majorité de la doctrine française que, loin d'être une pratique en marge de la constitution, le système de gouvernement effectif est conforme au système de gouvernement idéal, unique et objectif, du texte constitutionnel : « Et maintenant, il importe grandement d'ajouter que toutes les facultés qui se trouvent ainsi assurées aux Chambres touchant la formation du ministère, la direction de l'activité exécutive, la révocation des ministres ou le renversement du Président lui même, ne sont pas seulement des pouvoirs de fait, mais de véritables pouvoirs juridiques : tout cela n'est pas simplement de la pratique, plus ou moins conforme aux principes constitutionnels ; mais, c'est bien du droit parlementaire ; car, tout cela résulte naturellement du jeu des institutions consacrées par la constitution » (*CTGE II*, p. 103).

Mais Malberg va plus loin, et c'est ici que son oeuvre devient réellement originale : il considère que ce système de gouvernement idéal, organisé par le texte constitutionnel, devait nécessairement se retrouver dans la pratique. Il ne considère pas qu'il est possible de distinguer le texte constitutionnel, son sens et sa pratique. Pour lui, les trois sont fusionnés : la « révolution contemporaine du régime parlementaire en France n'a été, à cet égard, que la conséquence naturelle

²¹ Barthélémy (J.), *Le gouvernement de la France*, Paris, Payot, 1919, p. 92

des principes contenus dans les textes mêmes de la constitution de 1875 » (*CTGE II*, p. 409, note 19). Que faut-il comprendre par là ? Tout simplement que le droit produit de façon causale des effets sur la pratique. C'est exactement ce qu'affirme Malberg lorsqu'il prétend, pour dénier toute valeur juridique aux aspirations dualistes des rédacteurs des lois constitutionnelles que « la portée d'une loi, constitutionnelle ou autre, ne se juge pas d'après ce que ses auteurs ont voulu ou cru faire, mais bien d'après ce qu'ils ont effectivement fait, c'est-à-dire d'après les effets que sont susceptibles de produire et surtout d'après les effets qu'ont produit, en fait, les principes et les institutions qu'ils ont adoptés » (*LEVG*, p. 180).

Il y a donc, dans toute constitution formelle, un système de gouvernement idéal unique, qui ne se réduit pas à l'intention de ses rédacteurs, et qui se révèle par la pratique qui en est faite par les acteurs politiques. Si l'on transpose cela au cas de la constitution de 1875, la position de Malberg est la suivante : la vérité des lois constitutionnelles - c'est-à-dire la constitution comme signification - est le « parlementarisme absolu » (*LEVG*, p. 196) ; ce parlementarisme absolu devait nécessairement se retrouver dans la pratique politique qui en est le résultat aussi bien que la preuve.

Annonce de plan et démarche pour notre étude

Résumons succinctement les prémisses de l'auteur qui nous poussent à lui consacrer notre étude.

D'abord, une acception se voulant purement formelle de la constitution et une démarche positiviste marquée par un souci de neutralité : les textes, que les textes et rien que les textes.

Ensuite, l'idée que cette constitution formelle a un sens objectif, un système de gouvernement idéal unique.

Enfin, que ce système de gouvernement idéal, cette vérité du texte constitutionnel, est la cause du système de gouvernement effectif, c'est-à-dire de la réalité politique d'un Parlement tout puissant dominant pleinement le jeu institutionnel.

Au regard de ces affirmations initiales, l'enjeu et l'objectif de notre recherche portent sur la façon dont Malberg réussit - ou plutôt comme nous le verrons tente - de parler de la constitution formelle comme une signification. Annonçons-le dès à présent, nous considérons qu'il n'y parvient pas. Plus précisément, il n'assimile constitution et système de gouvernement qu'au prix d'une

rupture avec la plupart de ses prémisses : du positivisme et du formalisme il passe à l'essentialisme et au transcendantal. *Le premier temps de notre raisonnement sera ainsi consacré à déconstruire le caractère formaliste de la démarche du maître strasbourgeois (Partie 1).*

A ce premier moment négatif succédera un second, positif. Des ruines de cette déconstruction, nous tenterons de mettre au jour la troisième et véritable définition de la constitution chez Malberg : celle de système constitutionnel. Cette définition réconcilie les différentes prémisses de notre auteur et apparaît comme une clé essentielle pour comprendre sa pensée. De cette dernière définition, il nous sera possible de tirer des enseignements généraux qui transcendent le cas particulier de la III^e République et de l'oeuvre de Malberg. Il s'agira ainsi, en partant de la leçon apportée par l'étude d'une pensée aussi riche que complexe, d'établir une forme d'idéal-type ou de méthode de toute réflexion et de tout discours sur la constitution comme signification. On renouera alors avec les grands enjeux posés par la thématique constitution et système de gouvernement tels qu'exposés dans cette introduction (Partie 2).

PARTIE I - Une assimilation constitution formelle et système de gouvernement en rupture avec les prémisses formalistes et positivistes

Malberg affirme que le texte constitutionnel ne permet qu'un seul système de gouvernement : le parlementarisme absolu. Il part ainsi sans aucune hésitation possible de prémisses formalistes et positivistes qu'il respecte - à première vue - parfaitement. Ses analyses, dans *La loi* notamment, paraissent découler du texte constitutionnel. On est convaincu - en première lecture - qu'elles sont de bon sens, sans être ni partiales ni relatives, si bien que toute personne qui lirait la constitution et disposerait d'un minimum de rigueur juridique devrait y adhérer. Nous pensons au contraire que, pour déduire des trois Lois de 1875 le système de gouvernement du parlementarisme absolu, il rompt avec ses prémisses. Plus précisément, nous pensons que son raisonnement en apparence tourné vers les textes cache un arrière monde conceptuel sans lequel il lui est impossible de mener à bien sa démonstration. Et, puisque notre propos est de déconstruire l'assimilation prétendument formaliste de la constitution et du système de gouvernement, nous allons nous efforcer de dévoiler ces étapes cachées grâce auxquelles Malberg tire du texte une unique signification.

Nous relevons ainsi trois moments de la pensée de Malberg, tous aussi nécessaires pour assimiler constitution formelle et système de gouvernement : d'abord, l'exposition d'un ensemble de concepts nécessaires et *a priori* du droit qui forme le socle fondamental de la pensée constitutionnelle de notre auteur (Section 1) ; ensuite une tentative de prouver la reprise de ces concepts par la constitution de 1875 grâce à un raisonnement non plus positiviste mais transcendantal (Section 2) ; enfin, une lecture de la constitution formelle par le prisme de ces concepts (Section 3).

SECTION 1 - Un ensemble de conceptions rationnelles *a priori* sur le droit

Avant même d'aborder l'analyse du texte constitutionnel à laquelle Malberg se livre, il faut mettre en lumière le cadre abstrait et conceptuel qui préexiste - et on le verra conditionne - son approche du droit positif. Chacun de ses raisonnements constitutionnels, et tout particulièrement ceux assimilant constitution de 1875 et système de gouvernement du parlementarisme absolu, s'inscrivent dans ce cadre conceptuel. *Ce cadre est le résultat de sa réflexion ontologique sur l'Etat et sur la tradition juridique française dont il fait remonter l'acte de naissance à la Révolution.* Et précisons d'emblée un point fondamental : il s'agit de concepts juridiques, dotés d'une valeur intrinsèque, et non de traditions, usages ou coutumes auxquels Malberg ne donne aucune valeur juridique.

Parmi ces concepts, Malberg fait une distinction entre des concepts que nous appellerons purs ou universels en ce qu'ils valent en tout temps et en tout lieu (Paragraphe 1) et des concepts particuliers, déclinaison des premiers.

Dans le cas de la France, nous verrons qu'il s'agit selon notre auteur des concepts ou principes - *il utilise alternativement les deux expressions* - découverts par la Révolution française : la souveraineté nationale et le Parlement représentant de la volonté générale (Paragraphe 2).

L'exposition de tels présupposés débouche sur ce que l'on pourrait appeler une constitution *a priori*. En effet, comme nous le montrerons, s'ils sont nécessaires parce que vrais, alors nous pouvons déduire, avant même d'analyser le droit positif, ce que peut être la constitution de 1875 (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 : L'Etat, concept fondamental et universel du droit

Malberg considère que le droit suppose la contrainte et que cette contrainte n'existe que dans l'Etat. L'Etat est donc la condition d'existence de l'ordre juridique. Nous avons bien ici un concept universel du droit (A). Par ailleurs, pour Malberg, l'Etat au sens juridique suppose deux choses : l'unité et la puissance de domination originaire (B). Or, de ces critères de l'Etat, il tire directement et *a priori* des conséquences pratiques sur les formes d'organisations étatiques pouvant exister (C).

A- Un concept universel

C'est un point reconnu, l'objet principal de la réflexion de Malberg est l'Etat. Pas l'Etat français, mais le concept d'Etat. Sa célèbre *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, malgré la mention « spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français », n'a pas vocation à se limiter au cas français. Cette perspective universelle est clairement affirmée notamment à la page 287 de son article « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar »²² : « Avant d'aborder ce sujet, il convient de rappeler succinctement comment se pose, devant la science contemporaine du droit public, la question des signes distinctifs de l'Etat. A quelles marques reconnaît-on qu'une collectivité territoriale, entrant dans la composition d'un Etat supérieur, et notamment d'un Etat organisé sur la base du fédéralisme, possède elle-même la nature d'Etat ? Pour juger impartialement ce point, le juriste français est obligé de faire sur lui-même un effort de renoncement et de se départir, un instant, de ses habitudes d'esprit, telles qu'elles résultent de nos traditions nationales les plus lointaines et les plus constantes ». Dans le sillage de l'école allemande de Jellinek et de Laband, Malberg s'intéresse donc aux concepts juridiques et cherche à en dévoiler l'essence profonde.

B- Le concept juridique d'Etat : unité et puissance de domination originaire

Parmi les deux critères de l'Etat, seul le premier est réellement déterminant pour notre étude. Il s'agit pour Malberg de la « condition fondamentale de l'Etat » (*CTGE II*, p. 110). Cette unité a un double sens. Elle est d'abord un constat : l'unité de l'Etat tient en ce que malgré les changements et la diversité au sein d'une communauté étatique, celle-ci se trouve toujours ramenée à l'unité et à la continuité. Elle est ensuite une exigence : pour qu'il y ait un Etat, il faut qu'il existe une organisation - c'est-à-dire un ensemble d'organes - assurant la formation et l'expression de sa volonté. Plus précisément, l'Etat n'existe qu'avec et grâce à cette organisation assurée par la constitution. C'est tout cela qu'il faut comprendre lorsque Malberg affirme que : « l'existence d'une constitution forme la condition absolue et la base même de l'Etat : en ce sens que l'Etat ne peut exister que grâce à un état de chose organique réalisant l'union de tous ses membres sous la puissance de sa volonté supérieure » (*CTGE I*, p. 65).

²² Référence précise en bibliographie

L'Etat est donc une unité et doit être une unité. Son organisation se fera toujours de façon à ce qu'une volonté unique et claire puisse émerger. Sans cette volonté unique, impossible de rattacher la collectivité à l'Etat. De là, Malberg déduit des conséquences concrètes sur les formes possibles d'organisations étatiques.

C- Les conséquences pratiques sur l'organisation de tout Etat

Si l'Etat est, par définition, une unité et que cette unité suppose la possibilité de l'expression d'une volonté unique, alors l'organisation de l'Etat - c'est-à-dire l'existence de ses organes et leurs rapports - doit remplir des conditions précises.

La première est, pour Malberg, l'impossibilité de réaliser la séparation des pouvoirs. Notre auteur est un farouche opposant à la théorie - du moins tel qu'il la comprend - exposée par Montesquieu dans l'*Esprit des Lois* : « A tous les points de vue où l'on s'est placé jusqu'à présent pour examiner la séparation des pouvoirs, celle-ci est apparue comme irréalisable et non réalisée en droit positif » (*CTGE II*, p. 109). Puisque l'une des conditions de l'Etat est l'unité et que la séparation des pouvoirs, selon Malberg, signifie l'égalité de pouvoirs capables de se faire face sans qu'aucun ne puisse prendre le dessus, l'application d'une telle théorie « non seulement paralyserait la puissance de l'Etat, mais encore ruinerait son unité » (*CTGE II*, p. 110). Contre l'idée de séparation des fonctions, Malberg soutient alors celle de hiérarchie des organes : « bien loin de former des pouvoirs d'essence distincte, les fonctions étatiques sont des manifestations d'une puissance unique, qui, par elles, s'exerce à des degrés différents » (*CTFDD*, p. 7). D'où un rejet systématique des théories dualistes : « Mais il est une autre sorte de dualisme qui demeure irréalisable : c'est celui qui consisterait à confier divisément l'exercice de chacune des deux grandes fonctions de puissance nationale, fonction législative et fonction gouvernementale, à deux autorités principales et indépendantes » (« Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ? »²³, p. 2).

La seconde condition est le corollaire de la première : s'il ne peut exister de séparation véritable des pouvoirs, si l'existence d'autorités dotées d'une puissance égale au sein de l'Etat est impossible, alors il faudra toujours un organe prépondérant. Tout Etat « possède nécessairement un organe de ce genre » (*CTGE II*, p. 110), c'est-à-dire un organe « dont la volonté domine celles des organes concurrents, soit en tant que rien ne pourra se faire dans l'Etat sans sa volonté, soit, en tout

²³ Référence précise en bibliographie

cas, en tant que rien ne pourra s'y faire contre sa volonté » (*CTGE II*, p. 111). L'unité suppose une organisation hiérarchique et une hiérarchie comporte nécessairement un sommet.

Voilà comment, en partant de l'unité comme critérium fondamental de l'Etat, Malberg en arrive à déduire les traits fondamentaux de toute organisation étatique - *et donc au fond de toute constitution*. Mais loin de s'arrêter à la simple énonciation du principe de l'organe suprême, prééminent ou souverain - *il utilise alternativement les trois adjectifs* - il en propose une typologie. A la manière de Platon et d'Aristote - et, avant eux, d'Hérodote - il se livre à une ontologie politique : « C'est pourquoi toutes les formes de gouvernement connues jusqu'à ce jour, se sont, par une nécessité logique, trouvées ramenées à trois types essentiels : la monarchie, jadis, qui réalise l'unité de l'Etat dans la personne et la volonté suprême du monarque ; la démocratie, dans laquelle le peuple lui-même est maître des décisions primordiales concernant la chose publique ; et dans les temps modernes, le régime dit représentatif, selon lequel le Parlement élu est, sous couleur de représentation, l'organe suprême de la Nation ». (« Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ? », p. 2). Avant même de s'intéresser à un Etat en particulier, sans étudier les données d'une constitution positive, nous savons donc déjà que chaque texte constitutionnel devra assurer l'unité étatique en consacrant l'un des trois organes prépondérant. Or c'est justement dans le cadre de cette typologie que Malberg va penser le cas français.

Paragraphe 2 : Les concepts du droit public français assurant l'unité de l'Etat

Nous entrons ici dans la deuxième couche de la pensée conceptuelle *a priori* de Malberg. Il ne s'agit plus de concepts universels à proprement parler - même si sur ce point Eric Maulin et Pierre Brunet²⁴ ont montré que Malberg considérait le cas français comme réalisant le véritable concept d'Etat - mais des concepts particuliers sur lesquels l'Etat français s'est fondé depuis la Révolution pour réaliser son unité. Nous sommes donc à nouveau en présence d'éléments véritablement juridiques n'étant ni des représentations, ni des coutumes, ni des usages (A). Plus précisément il est question de deux concepts ou principes étroitement liés dans l'esprit de notre auteur : celui de souveraineté nationale et de parlement représentant de la volonté générale (B). Et,

²⁴ Brunet (P.), *les idées constitutionnelles de Raymond Carré de Malberg, (1861-1935)*, 2012. halshs- 00662018

comme pour le cas du principe d'unité étatique, ces deux concepts ont des conséquences profondes sur ce que peut être, depuis 1789, le système institutionnel français (C).

A- La nature des concepts révolutionnaires : les *Grundnormen* du droit public français

La réflexion ontologique sur l'Etat était déjà un coup porté à la démarche positiviste et formaliste de Malberg. La place qu'il accorde aux concepts révolutionnaires est sans doute un coup fatal. Il s'agit de « concepts sur lesquels a été bâti, lors de la Révolution, et sur lesquels demeure fondé aujourd'hui encore, en raison de ses origines révolutionnaires, l'édifice du droit public français » (CTFDD, p. 27). Ces concepts, selon Malberg, se trouvent dans la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* (notamment à l'article 6), ainsi que dans la Constitution de 1791²⁵. On pourrait alors penser qu'il s'agit de droit positif et non d'essences *a priori*. Ce serait commettre une double erreur.

D'abord, si Malberg mentionne à de nombreuses reprises les deux textes précités, dont il fait les actes de naissance du droit public moderne, il ne les considère plus comme positifs. C'est d'ailleurs l'un des sujets de controverse avec d'autres auteurs contemporains - notamment Léon Duguit, mais aussi Maurice Hauriou - qui considèrent eux que la *Déclaration* de 1789 est toujours positive et doit s'imposer au juge comme au législateur. Malberg rejette ces positions en invoquant le texte des lois de 1875 qui, contrairement à nombre de constitutions précédentes, ne fait aucun renvoi au droit révolutionnaire. Et, s'il admet que cela s'explique par le fait que les principes libéraux révolutionnaires sont entrés dans les moeurs, il n'en déduit aucunement la positivité de ces derniers.

Ensuite et surtout, ce serait inverser la filiation qu'établit Malberg entre concepts et droit positif. Ce n'est pas du droit positif que sortent les concepts, mais des « concepts d'où est sorti le système positif du droit public français » (CTFDD, p. 36 note 2). C'est en cela qu'il s'agit de concepts fondamentaux : ils sont les causes du droit positif, ses fondations sans lequel celui-ci n'aurait ni sens ni valeur. *Par là on comprend que loin de partir des textes pour dévoiler des concepts, Malberg part des concepts pour dévoiler des textes.* Pour bien appuyer cette idée, il est nécessaire de reproduire une citation qui, bien que longue et anticipant sur le propos suivant, nous semble très éclairante : « En posant en principe que le Parlement exprime législativement la volonté

²⁵ « Les concepts fondamentaux du droit public français tels que les exprime l'article 6 de la Déclaration de 1789 » (CTGE I, p. 248 note 26)

nationale, et en traitant ainsi le Corps législatif comme l'égal du souverain, la Constitution de 1791 ne prétendait pas non plus lui conférer sa souveraineté : elle se bornait à la reconnaître, non point comme une conséquence d'une délégation constitutionnelle, mais comme une réalité antérieure elle-même fondée sur les rapports spéciaux qui, selon la conception révolutionnaire, unissent entre elles, au point de les identifier l'une avec l'autre, l'assemblée électorale des députés et l'universalité des citoyens composant la nation souveraine. *C'était dire, au fond, que la puissance parlementaire législative a sa source dans une Grundnorm plus haute que les règles constitutionnelles : elle découle de ce concept de représentation de la volonté générale par les législateurs qui a en effet suscité la norme primitive et fondamentale de notre droit public français* » (CTFDD, pp. 64-65, nous soulignons).

Par là, on comprend que le droit positif ne fait que consacrer des vérités théoriques, des concepts juridiques qui détiennent leur effectivité non d'un texte mais de leur substance. Les principes révolutionnaires, comme le concept d'Etat et son unité, existent non en vertu d'un élément extérieur - c'est-à-dire formel - mais en raison de leur nature même. Ils existent parce qu'ils sont vrais.

Leur nature et leur valeur clarifiées, nous pouvons nous concentrer sur leur contenu et leur signification.

B- La substance des concepts révolutionnaires

Il y a deux apports majeurs de la Révolution pour Malberg, le principe de souveraineté nationale (1) et celui du Parlement représentant de la volonté générale ou de loi expression de la volonté générale, les deux expressions renvoyant chez lui à la même idée (2).

1) Le principe de souveraineté nationale

Le premier principe est, selon notre auteur, celui « de la souveraineté nationale qui forme depuis 1789 l'une des assises du droit public positif de la France » (CTGE I, p. 15). Ce principe a une double portée.

D'abord, contrairement aux principes de la souveraineté populaire ou monarchique, il nie l'existence d'un souverain substantiel, puisque la nation n'est ni un individu (le roi) ni un ensemble d'individus (le peuple). Elle est une entité abstraite, qui n'est jamais susceptible d'être appréhendée

par les sens. Ainsi, là où les deux autres principes assimilent titulaire du pouvoir suprême et exécutant de ce pouvoir, le principe de souveraineté nationale distingue. Sa véritable portée est négative : aucun corps ou individu ne reçoit la souveraineté, seul le refus absolu de toute autorité en dehors de celle de la nation est consacré. Dans la pratique, la conséquence est que tout pouvoir procède nécessairement d'une habilitation nationale.

Ensuite, de cet aspect négatif de la souveraineté nationale découle le régime représentatif. En effet, puisque la nation est une entité abstraite incapable de vouloir directement, il faut nécessairement que des organes - appelés représentants - se chargent de vouloir en son nom. Le représentant ici ne l'est donc pas au sens civiliste du terme Il n'est pas dans un rôle de mandataire puisqu'il n'existe aucune volonté antérieure. Il est celui qui est habilité à vouloir initialement pour la nation. Or puisque, pour Malberg, l'Etat est la personnification de la nation, le représentant est celui qui forme simultanément volonté de la nation et personnalité de l'Etat : le représentant « donne à la nation une volonté qu'elle n'aurait pas sans lui ; et par là même, il réalise sa personnalité étatique » (*CTGE II*, p. 391). De là, la distinction fondamentale chez Malberg entre fonctionnaire et organe. Là où l'organe forme et exprime une volonté initiale et libre, car non subordonnée à aucune volonté antérieure ou supérieure, le fonctionnaire ou l'autorité n'agit que dans un second temps. Surtout, l'organe est unique là où les fonctionnaires sont multiples. En effet, puisque l'organe forme la volonté étatique et que l'Etat se caractérise par son unité, il ne peut exister qu'un seul organe chargé de la fonction représentative.

Du principe de souveraineté nationale on arrive donc au système représentatif moniste. La seule exigence de ce système, si l'on suit le raisonnement de notre auteur, est qu'il n'existe qu'un seul représentant. Par contre, rien ne permet de dire qui peut exercer cette fonction. Cela résulte logiquement du fait qu'aucune autorité ne peut être exercée en raison d'une vertu propre à celui qui l'exerce : la qualité de représentant n'est pas liée à l'origine de ce dernier mais à la fonction de représentant qui lui a été confiée. Ainsi, un roi, un président de la République, un Parlement ou n'importe quelle autre autorité pourraient jouer ce rôle. Pourtant, Malberg refuse catégoriquement cette idée. Bien que fonction abstraite, elle ne peut, à son sens, n'être exercée que par le Parlement.

2) Le Parlement, unique représentant d'une volonté nationale devenue générale

Alors que la notion d'organe paraissait une fonction et non une qualité propre, Malberg ajoute qu'elle « suppose l'existence de certains liens entre le groupe et les individus qui veulent

pour ce dernier » (*CTGE II*, p. 306). Cette nouvelle exigence est permise par le glissement de la souveraineté nationale à celle de la volonté générale, telle qu'exprimée dans le fameux article 6 de la déclaration de 1789. La volonté générale paraît moins abstraite, plus substantielle que la volonté nationale. Surtout, elle crée un lien - que la souveraineté nationale nie pourtant - entre peuple et souveraineté, entre un corps et une autorité. C'est ainsi que Malberg affirme : « le pouvoir législatif a été conçu par la Constitution comme le pouvoir d'énoncer la volonté générale, et c'est dans cette pensée que la Constitution déclare qu'il ne peut être exercé que par les Chambres, *parce que seules les Chambres ont été regardées, en raison de leurs origines électives, comme capable de représenter cette volonté* » (*LEVG*, p. 76, nous soulignons).²⁶

Ainsi pour Malberg, non seulement « la volonté générale n'a pas besoin d'une double représentation ; elle ne comporte même qu'une représentation unique » (*LEVG*, p. 175) mais encore, seul « le Parlement est originairement doué comme représentant de la nation et de sa volonté générale » (*CTFDD*, p. 67). Comprendons bien le sens de ces formules. Si seul le Parlement, de par ses origines électives peut être un représentant - même si ces origines ne se suffisent pas en elle-même²⁷-, cela signifie non seulement qu'aucune autre autorité ne peut l'être, mais surtout que cette qualité de représentation lui est attachée en propre. Le Parlement ne détient pas sa fonction représentative de la Constitution, ni d'aucun texte, mais des concepts ou principes fondamentaux du droit public français : « c'était dire au fond que la puissance parlementaire législative a sa source dans une *Grundnorm* plus haute que les règles constitutionnelles : elle découle de ce concept de représentation de la volonté générale par les Législatures élues, qui a, en effet suscité la norme primitive et fondamentale du droit public français » (*CTFDD*, p. 65).

Le schéma conceptuel de Malberg s'articule ainsi parfaitement : l'Etat est une unité supposant un organe prépondérant ; le principe assurant l'unité de l'Etat français est celui de souveraineté nationale ; ce principe suppose l'existence d'un unique organe chargé de la

²⁶ Notons que, sur ce point, la position de Malberg a évolué. Dans la *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, le principe de souveraineté nationale est présenté comme « cette vérité morale sur le terrain du droit » par laquelle « la Constituante fait accomplir au droit public un grand progrès qui consiste à distinguer désormais le souverain des personnages qui détiennent en fait la souveraineté » (*CTGE II*, p. 171). Mais, avec les derniers écrits de sa vie, notamment *La Loi* et l'article « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme » (1931), il se rapproche du principe de souveraineté populaire et de l'idée de volonté générale. Cette substantialisation du souverain - si l'on nous permet le néologisme - est pour lui une façon de critiquer le pouvoir absolu du Parlement et d'appeler à l'introduction dans le système français du référendum. Une telle évolution est sans doute le résultat d'un constat amer chez notre auteur : alors que le principe de souveraineté nationale devait empêcher l'existence de tout corps ou individu en situation de quasi transcendance sur l'ordre juridique, il le permet au contraire en interdisant tout contrepoids au pouvoir du représentant. Le Parlement se retrouve donc souverain de fait alors qu'il ne l'est pas de droit.

²⁷ « Au surplus, ce n'est pas uniquement à ses origines électives que le Corps législatif devait sa qualité représentative » (*LEVG*, p. 19)

représentation ; seul le Parlement peut exercer cette fonction. Voyons maintenant les implications institutionnelles de telles affirmations.

C- Les conséquences institutionnelles des concepts révolutionnaires

Seul représentant possible de la nation ou de la volonté générale, le Parlement est donc le seul détenteur effectif d'un pouvoir souverain. Malberg en déduit deux conséquences : une domination institutionnelle (1) et une supériorité des actes qu'il adopte, c'est-à-dire des lois (2).

1) La domination institutionnelle du Parlement

« En tant qu'elle est conçue comme l'organe d'expression de la volonté générale, la Législature populaire apparaît comme exerçant les pouvoirs du souverain même : par elle, c'est la nation qui veut et statue ; les autres autorités n'exercent leurs fonctions subalternes et commises qu'en qualité de préposées de la nation et à titre de simples compétences » (« La distinction des lois matérielles et formelle et le concept de loi dans la Constitution de Weimar », 1929, p. 158). Voilà qui résume bien la place institutionnelle du Parlement : il est doté d'un pouvoir d'une essence supérieure à celle des autres autorités. Plus encore, il est assimilé au souverain lui-même²⁸. Or pour Malberg, cette position du Parlement n'est pas une vue de l'esprit ou une simple théorie juridique. Ses implications concrètes sont nombreuses et se résument toutes en une domination du Parlement sur les autres autorités constituées. Il affirme ainsi qu'il n'y a « plus place, dans ce concept, pour une puissance gouvernementale qui, aux mains de l'Exécutif, aurait été franchement opposable à celle de l'assemblée des députés » (*LEVG*, p. 190). Au contraire, le Parlement domine « de sa supériorité l'activité non seulement des nationaux, mais encore de toutes autorités nationales » (*LEVG*, p. 22). Personne n'est jamais capable de s'opposer à lui, de contester sa volonté puisque la seule volonté source d'autorité est celle de la volonté générale, dont il a le monopole de la représentation. De cela il faut déduire deux choses :

D'abord, cette idée chère à Malberg, selon laquelle le système français n'est pas une hiérarchie ou une séparation des fonctions, mais une hiérarchie des organes : « En d'autres termes, à

²⁸ « De ce concept (loi expression de la volonté générale) découlaient immédiatement deux conséquences : D'une part, le Corps législatif acquerrait, dans la hiérarchie des organes étatiques, un rang et une puissance d'une qualité infiniment supérieure à celle de l'Exécutif et des juges : car, Exécutif et juges ne constituaient que de pures autorités, chargées d'une fonction commise ; le Corps législatif, lui, élevé au pouvoir de représenter le souverain, ne faisait qu'un avec ce dernier » (*LEVG*, pp. 110-111)

la théorie de la gradation des fonctions et des règles il convient de substituer ou, en tout cas, de superposer celle de gradation des organes » (*CTFDD*, p. 166). Et dans cette hiérarchie, le Corps législatif a « un rang et une puissance d'une qualité infiniment supérieure à celle de l'Exécutif et des juges (*LEVG*, p. 110).

Ensuite, que cette puissance du Parlement revient même à empêcher la distinction entre organe constituant et organe législatif : « D'autre part, les distances étaient singulièrement diminuées entre le Corps législatif et l'organe constituant. En réalité, il n'y avait même plus de place, dans la conception révolutionnaire, pour une distinction positive entre les deux pouvoirs législatifs et constituant » (*LEVG*, p. 11). Si le Parlement représente la volonté générale, que pourrait bien représenter l'organe constituant ?

2) Une définition de la loi par sa puissance

En tant qu'acte du Parlement, la loi est logiquement dotée d'une puissance supérieure. Trois caractéristiques découlent de la qualité de son auteur.

La première tient au critérium d'identification de la loi. Pour Malberg, ce dernier ne peut plus être matériel, c'est-à-dire concerner la généralité de la loi ou son contenu. Il n'est possible « ni de dégager l'objet, le domaine matériel ou les limites de ce pouvoir entre les mains du Parlement, ni davantage de rechercher les éléments constitutifs de la notion de loi ou les caractères spécifiques de la règle législative, en dehors de ceux qui ressortent du fait qu'elle est l'œuvre du Parlement, c'est-à-dire de la volonté générale et souveraine » (*CTFDD*, p. 34). Le concept de loi est désormais purement formel. C'est la conséquence logique de ce que la distinction des organes remplace chez Malberg celle des fonctions. Les actes juridiques ne se définissent plus en raison de caractéristiques intrinsèques, mais en fonction de l'autorité qui les adoptent. Ainsi, la loi et le pouvoir législatif, comme le pouvoir exécutif et les actes administratifs, ne sont plus que des notions formelles. C'est bien ce qu'entend Malberg, lorsqu'il affirme que « sous le nom de pouvoir législatif, la Révolution a entendu parler non d'une puissance qui serait inhérente rationnellement à la fonction de législation, mais de la puissance qui appartient organiquement à l'assemblée dénommée Corps Législatif » (*CTFDD*, p. 41). On comprend mieux pourquoi Malberg rejette la théorie de la délégation législative que certains voyaient dans les décrets-lois : *la loi étant une puissance attachée consubstantiellement à un organe, l'idée même de délégation est incongrue.*

La deuxième caractéristique est la conséquence de la première : si la loi se reconnaît par son organe d'adoption, alors non seulement elle n'a pas de borne matérielle « naturelle » comme nous

l'avons vu, mais surtout, elle est un acte d'une essence supérieure. Cela découle logiquement de ce que le Parlement est, dans l'ordre juridique, le seul représentant de l'unique source d'autorité : la volonté générale. Deux conséquences doivent en être tirées quant aux qualités de la loi.

D'abord, puisque le Parlement est chargé de former une volonté qui n'existe pas avant lui, ses manifestations de volonté n'en sont précédées par aucune autre. La loi est donc un acte initial, condition d'existence de tous les autres actes juridiques, et qui n'en suppose aucun autre pour être adoptée : « Le Parlement (...) parce qu'exerçant représentativement la puissance autonome et initiale du souverain, détient sous le nom de pouvoir législatif, une prérogative qui le dispense d'avoir à invoquer une permission pour entreprendre, statuer ou décider : tout au moins, il est capable de faire tout ce qui ne lui est pas défendu par la Constitution » (*CTFDD*, p. 33).

Ensuite, si la loi est initiale, elle est aussi inconditionnée. Non seulement rien ne la précède en principe mais surtout, expression de la volonté générale, rien ne peut légitimement la restreindre, pas même la constitution : « Bien loin d'établir une gradation véritable entre la constitution et les lois, le concept révolutionnaire du pouvoir législatif devait nécessairement aboutir à leur nivellement. De même que l'organe constituant et l'organe législatif étaient présentés comme doués de puissances de qualité pareille, l'un et l'autre représentant et exprimant la volonté générale, de même aussi la règle constitutionnelle et la règle législative devaient logiquement apparaître comme situées à des degrés égaux dans la hiérarchie des éléments régulateurs concourant à former l'ordre juridique » (*CTFDD*, p. 66).²⁹

L'impossibilité de penser une puissance supérieure à celle de l'organe législatif empêche de penser un acte juridique supérieur à la loi. De là, une définition de la loi comme acte initial et inconditionné.

La troisième caractéristique est la dernière conclusion qu'il faut tirer de la définition formelle ou plutôt, pourrait-on dire, organique de la loi. Si la loi est l'expression directe de la seule forme d'autorité, alors elle dispose d'une immunité juridictionnelle. Cela se justifie doublement : non seulement rien en principe ne pourrait venir la contrôler, puisqu'elle est première; mais surtout personne ne serait légitime pour effectuer un tel contrôle.

²⁹ Dans le même sens : « En réalité, il n'y avait même plus place, dans la conception révolutionnaire, pour une distinction positive entre les deux pouvoirs législatif et constituant. Car, une fois qu'il est admis que par les lois le Corps législatif édicte la volonté générale, il devient inévitable de lui reconnaître la faculté d'aborder par ses lois tous les objets possibles. La volonté générale, en effet, est une comme la souveraineté : quel que soit l'objet sur lequel elle s'exerce, elle n'admet point de puissance supérieure à la sienne » (*LEVG*, p. 111)

Paragraphe 3 : Des conceptions rationnelles a priori débouchant sur une constitution a priori

Pourquoi présenter ce cadre conceptuel pour notre démonstration ? Deux raisons essentielles.

La première consiste à montrer que Malberg aborde le droit avec un parti-pris. Sa neutralité ou son objectivité formaliste, qui consiste à dire qu'il ne part que des textes, n'est que de façade. Les données du droit public français pour Malberg - le droit positif donc - sont avant tout des concepts. Encore une fois, il ne faut pas se méprendre : ces concepts qu'il fait remonter au droit révolutionnaire, ne sont pas créés par lui, mais découverts. La Révolution, nous dit-il, a mis au jour le véritable concept d'Etat et les principes du droit public moderne. On comprend alors que la Déclaration de 1789 et la Constitution de 1791 sont déjà lues par le prisme du cadre conceptuel de notre auteur, puisque les concepts préexistent aux textes et leur sont supérieurs. Nous en voulons pour preuve que, malgré la mention dans la Constitution de 1791 de la qualité de représentant du roi (article 2 du préambule du titre 3), Malberg affirme que l'expression « de la volonté générale de la nation demeurait réservée, comme monopole exclusif, au corps des députés, qui, seul, méritait complètement la qualification de représentant » (*LEVG*, p. 19). Et quand bien même le roi disposait d'attributions lui permettant de participer à la procédure législative, notre auteur refuse de voir en lui une puissance autonome capable de vouloir initialement. Il le refuse car, pour lui, d'après les concepts du droit public français, seul le Parlement peut-être un représentant. Une telle analyse nous amène à la conclusion que le cadre conceptuel de Malberg préexiste aux textes et conditionne doublement la lecture qu'il en fait.

La seconde raison est que, si l'on suit ce qui a été dit précédemment, nous avons déjà *a priori* une idée de ce que pourra être la constitution de 1875 et le système de gouvernement qu'elle « contient ». En effet, si la qualité de représentant du Parlement est la *Grundnorm* du système français - ce qui est difficile à admettre au regard des moments impériaux et monarchiques de la France du XIXe siècle - et que le principe d'unité étatique implique qu'il ne puisse exister qu'un seul représentant, alors la constitution de 1875 fera du Parlement son organe suprême. Or nous avons vu les nombreuses implications d'un tel statut : domination sur les autres autorités constituées ; définition formelle de la loi et du pouvoir réglementaire ; caractère initial et inconditionné de la loi

; absence de distinction entre constitution et loi ordinaire. La constitution de 1875 semble ainsi nécessairement amenée à établir le système de gouvernement du Parlementarisme absolu³⁰...

On comprend ainsi pourquoi Eric Maulin, dans sa thèse consacrée à l'auteur strasbourgeois, affirme que l'objet de son étude « n'est pas le droit positif mais l'épiphanie des principes dans l'ordre juridique »³¹. Malberg n'entend pas pour autant se détacher des textes. Ses concepts sont avant tout en relation avec ces derniers. Plus précisément, il vient chercher dans les textes les preuves de son schéma conceptuel. *C'est ici la deuxième étape de son raisonnement grâce à laquelle il donne l'apparence d'une démarche positiviste et formaliste.*

SECTION 2 - Des textes aux concepts : la validation textuelle du schéma conceptuel par une méthode transcendantale

Le cadre conceptuel étant posé, Malberg va - afin de rendre son usage légitime et nécessaire - le relier aux trois Lois de 1875. Son objectif est de démontrer que les Constituants « ont adopté intégralement les conséquences qu'avait tirées de ce principe [parlement représentant de la volonté générale] la Révolution : c'est comme s'ils avaient adopté et reproduit, dans sa teneur de 1789, le principe lui-même » (*LEVG*, p. 52).

Pour ce faire, il relève des éléments textuels correspondant aux conséquences de ses concepts telles que nous les avons exposées (Paragraphe 1). Une fois ce travail réalisé, il affirme que la seule explication de tels éléments est la reprise par les Constituants des concepts révolutionnaires (Paragraphe 2). Comme il le dit au début de *La loi*, il cherche à souligner « tout un ensemble de traits qui impliquent que le concept de la loi expression de la volonté générale a été repris par elle [la constitution de 1875] et forme présentement l'une des assises de notre système de droit public » (*LEVG*, p. 27).

³⁰ C'est du moins ce que l'on peut déduire des propos même de Malberg : « Quand une Constitution est partie de l'idée que le Parlement porte en lui la représentation de la volonté générale, il faut s'attendre à ce que cette idée produise ses effets dans tous les domaines de l'organisation des pouvoirs publics. Notamment, elle ne peut manquer d'exercer son influence sur la réglementation à donner aux rapports entre le Parlement et l'Exécutif » (*LEVG*, p. 175)

³¹ E. Maulin, *La Théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, PUF, 2003, Paris

Paragraphe 1 : Des éléments textuels attestant d'une primauté du pouvoir législatif

Cette partie du raisonnement de Malberg consiste à relever des dispositions constitutionnelles conformes à son système conceptuel *a priori*³². Il va ainsi chercher dans le texte des trois Lois de 1875 les conséquences ou implications de ses concepts que nous avons précédemment détaillées. Mais, ce faisant, *Malberg interprète déjà la constitution par le prisme de ces derniers*. Ayant des idées *a priori* sur le droit, il va donner aux dispositions qu'il analyse un sens qui, loin d'être parfaitement objectif, ne vise en dernière instance qu'à confirmer son modèle théorique.

Notre auteur avance ainsi trois preuves de l'adoption par le texte de 1875 des concepts révolutionnaires : d'abord une distinction purement formelle ou organique entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire faisant de la loi la condition d'existence des actes administratifs (A) ; ensuite, des rapports entre constitution et lois ordinaires qui interdisent de considérer la première comme une contrainte pour la seconde (B) ; enfin le caractère obligatoire des lois malgré l'absence de tout commandement dans ces dernières (C).

A- Une distinction formelle des pouvoirs législatif et réglementaire assurant la prééminence de la loi et du Parlement

Malberg se livre à une analyse combinée des articles 1 et 3 de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875. Il en tire deux conclusions : d'abord que pouvoir réglementaire et pouvoir législatif ne peuvent plus, contrairement à ce qu'affirment encore de nombreux auteurs, se définir par des critères matériels. Désormais, seul l'organe d'adoption détermine si un acte est une loi ou un acte administratif (1). Ensuite, il considère que cette conception formelle de la loi recouvre une distinction de puissance entre acte administratif et loi en ce que le pouvoir réglementaire se définit comme un pouvoir d'exécution des lois (2). Enfin, il considère que cette puissance législative est le

³² Chose étonnante, sa démonstration part de l'affirmation que les Constituants de 1875 ne pouvaient que reprendre les concepts révolutionnaires : « Du moment que les monarchistes de l'Assemblée ne parvenaient pas à ramener dans le pays la monarchie, il était inévitable d'admettre que la souveraineté, dans l'Etat français, ne pouvait appartenir qu'au corps populaire et national des citoyens. Mais, comme, d'autre part, les Constituants d'opinion républicaine n'allaient pas jusqu'à chercher à donner à la République française la forme et les institutions d'une démocratie directe (...) il devenait inévitable aussi de faire du Parlement, restitué à raison de ses origines électives dans sa qualité de représentant de la nation, l'organe central, attitré par excellence et élevé au rang suprême, de la volonté nationale » (*LEVG*, p. 25).

monopole du Parlement et réfute les théories voyant dans le président de la République un co-législateur (3).

1) Une définition purement formelle de la loi et du règlement

Malberg part d'un double constat : l'article 1 de la loi de 1875 prévoit que le pouvoir législatif s'exerce par deux chambres - Chambre des députés et Sénat ; aucun article des lois constitutionnelles ne prévoit un domaine réservé à la loi ou une exigence de généralité dans la rédaction de cette dernière. Réciproquement, aucun article ne prévoit, comme pouvaient le faire les constitutions monarchiques, des pouvoirs réservés à l'exécutif. Ce pouvoir se définit lui aussi formellement comme les actes du Président de la République pris pour assurer l'exécution des lois. De ces divers éléments, il déduit qu'il n'y a plus de place dans la constitution de 1875 pour une distinction entre lois matérielles et formelles puisque seuls les actes adoptés par le Parlement, sans considération de leur contenu, sont des lois : « la Constitution n'admet qu'un seul critérium de la loi, celui tiré de l'adoption par les Chambres, un critère d'ordre formel » (*LEVG, p. 15*).

Or pour lui, s'il n'y plus de domaine législatif et réglementaire, c'est aussi qu'il n'y a plus, à proprement parler, de fonction législative et réglementaire. Il reste uniquement des puissances et des organes. Et, sur ce point, le véritable critère de distinction entre pouvoir réglementaire et législatif tient à la supériorité de puissance du second. La constitution, pour Malberg, consacre une différence d'essence entre ces deux pouvoirs.

2) La supériorité du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif

Une nouvelle fois, Malberg se réfère à la lettre de l'article 3. Il en tire une définition du pouvoir exécutif qui laisse peu de doute sur sa soumission vis-à-vis de la loi : le pouvoir exécutif - entre les mains du président sous réserve du contreseing ministériel - est le pouvoir de n'agir « qu'en « exécution des lois » (*LEVG, p. 33*). La constitution « réduit (ainsi) l'ensemble des compétences présidentielles à un pouvoir d'exécution des lois » (*LEVG, p. 40*). Or, pour lui, une telle définition a pour conséquence une secondarisation du pouvoir exécutif vis-à-vis du pouvoir législatif. Là où la loi peut intervenir sans qu'aucun acte ne l'habilite, le pouvoir exécutif ne fait jamais « acte de puissance initiale, mais seulement de puissance dérivée, prenant sa source dans une prescription législative » (*LEVG, p. 35*). Pour Malberg, une telle conséquence s'explique par le fait

que « l'idée d'exécution implique, tout au moins, que les innovations de cette sorte devront prendre leur fondement de validité dans une loi, qui ait habilité l'Exécutif à y procéder » (*LEVG*, p. 33). *A contrario*, on comprend que la loi est un acte initial et spontané qui ne suppose aucune manifestation d'une volonté préalable. Une telle analyse explique la raison pour laquelle Malberg rejette toute idée de délégation de puissance législative que nombre d'auteurs semblaient voir dans les décrets-lois. En effet, il importe peu que le pouvoir exécutif se voit confier un pouvoir de statuer de façon générale ou particulière, que le contenu des actes qu'il adopte soit totalement discrétionnaire ou strictement encadré ; quoi qu'il en soit, son action devra toujours être précédée d'une loi. Il sera toujours chronologiquement soumis à une expression de volonté du législateur. Ainsi, le pouvoir législatif ne peut jamais être délégué puisque son essence même est de se passer de délégation ou d'habilitation pour agir.

On en arrive donc à une distinction de forme et de puissance entre loi et acte administratif, entre pouvoir législatif et exécutif : la loi est l'acte adopté par le Parlement pouvant statuer de façon initiale et inconditionnée dans toute matière ; l'acte administratif est l'acte pouvant être adopté par le Président de la République sous condition d'existence d'une habilitation législative. Voilà la conclusion à laquelle Malberg parvient après une lecture combinée des articles 1 et 3 de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875.

Une telle interprétation est convaincante mais elle n'est pas la seule possible. Reportons-nous pour le montrer à la lettre de l'article 3 que Malberg déforme systématiquement lorsqu'il la reproduit. Là où notre auteur parle de pouvoir d'agir « en exécution des lois », l'article susvisé prévoit en réalité que le Président « promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres ; il en surveille et en assure l'exécution ». Or agir en exécution des lois ou agir pour assurer l'exécution des lois sont deux choses profondément différentes.

Si la première formule ne laisse aucun doute, comme le démontre Malberg, sur la secondarisation du pouvoir exécutif, capable uniquement d'exprimer une volonté fondée sur celle du législateur, la seconde est plus ambiguë. Assurer l'exécution de quelque chose ne se réduit pas à son exécution. Cela implique la capacité d'apprécier les conditions optimales pour que cette exécution soit possible. En d'autres termes, cela signifie que le président peut intervenir dès lors qu'il considère que cela est nécessaire pour l'exécution d'une ou plusieurs lois. C'est le raisonnement que semble avoir suivi le conseil d'Etat à deux reprises dans ses arrêts *Heyries* de 1918, puis *Labonne* de 1919, pour reconnaître au Président, sur le fondement de l'article 3, le pouvoir de suspendre une loi en cas de circonstances exceptionnelles et celui d'adopter des actes de

police générale pour protéger l'ordre public. Dans les deux cas, aucune loi ne prévoyait la possibilité d'un tel pouvoir. Le Président n'agissait donc pas en exécution d'une loi mais plus largement pour assurer l'exécution de l'ordre légal. On retrouve ici la figure classique d'un chef de l'Etat garant de la continuité étatique et des intérêts de la nation, capable de s'extraire de la légalité particulière pour assurer la survivance de la légalité générale. Or, dans ce cas, le pouvoir exécutif entre les mains du président ne peut plus s'interpréter comme un pouvoir entièrement secondarisé. Ce dernier, comme le législateur, est habilité par la constitution à vouloir spontanément et initialement sans aucune médiation.

Deux lectures étaient donc possibles de l'article 3. Mais Malberg retient celle qui corrobore ses concepts *a priori*. Il est déjà dans l'interprétation des textes par le prisme de ses concepts alors même que les textes sont censés attester de la reprise de ces derniers. Par un raisonnement similaire il va affirmer que la puissance législative - d'une essence suprême - est le monopole du Parlement et que le président de la République ne peut être considéré comme un second législateur.

3) Une puissance législative monopole du Parlement

De la même façon que Malberg considérait que le Roi dans la constitution de 1791 n'était pas un co-législateur³³, il refuse de voir dans les prérogatives du Président de la République une participation à la puissance législative. Cette affirmation est la conséquence directe de sa définition de l'organe suprême : c'est l'autorité dont la volonté est nécessaire pour chaque expression de la volonté étatique. A défaut de pouvoir tout faire seul, l'organe suprême se reconnaît par le fait que, sans lui, rien ne peut être fait. Ainsi, Malberg peut logiquement affirmer que « seule l'adoption de la loi est une manifestation de puissance maîtresse ou franche » (*LEVG*, p. 184). Les prérogatives par lesquelles le Président ou le Roi peuvent initier la procédure, la terminer par la promulgation ou s'y opposer temporairement (veto royal ou demande d'une nouvelle délibération par le président) ne sont jamais constitutives d'une participation à la puissance législative mais simplement à la procédure législative : « Pareillement pour qu'un organe étatique puisse être regardé comme participant à la puissance législative, il ne suffit pas qu'il ait le pouvoir de donner ouverture à la procédure législative en provoquant l'examen d'une mesure possible de législation, ou qu'il soit

³³ « Car le droit de veto, s'il permettait au roi d'opposer une certaine résistance aux décisions législatives de l'assemblée des députés, n'allait pas jusqu'à lui conférer le pouvoir de statuer définitivement sur le sort des lois ; l'exercice de ce droit n'entraînait que le renvoi à des Législations subséquentes, qui seules prononçaient sur l'adoption ou le rejet de la loi frappée d'opposition royale » (*LEVG*, p. 19)

associé à la discussion et à l'élaboration préparatoire de la loi, ou qu'il soit chargé de faire entrer la loi déjà adoptée dans sa phase d'exécution : il faut que cet organe prenne part à l'émission même de la volonté législative de l'Etat, c'est-à-dire qu'il faut que son consentement soit nécessaire pour l'adoption même de la loi » (*CTGE I*, pp. 378-379).

Une telle lecture est largement contestable. Que peut bien signifier cette distinction entre procédure législative et puissance législative ? Comment refuser totalement la participation du président de la République à la volonté initiale de l'Etat alors même qu'il possède, concurremment avec les chambres, l'initiative des lois ? Surtout, comment considérer que la possibilité de s'opposer par le veto à une loi ou de demander une nouvelle délibération ne revient pas à participer, dans une certaine mesure au moins, à la formation de la volonté étatique ? Sans entrer trop dans les détails de cette question épineuse, qui a été maintes fois débattue, soulignons simplement que, pour y répondre, Malberg utilise non seulement ses concepts *a priori*, mais retient l'interprétation, qui corrobore sa thèse d'un Parlement seul représentant la volonté générale.

Résumons à présent la place de la loi et du pouvoir législatif dans l'analyse que notre auteur fait de la constitution de 1875.

La loi est un acte initial - monopole du Parlement - condition d'intervention du pouvoir exécutif, pouvant intervenir sans exigence tenant à sa généralité ou son contenu. Elle est la manifestation de volonté précédant toutes les autres. Avec une telle définition, on arrive presque à une loi - ou puissance législative cela revient au même - totalement inconditionnée et souveraine. Il demeure néanmoins un obstacle à sa toute puissance : la constitution. Et c'est justement cet obstacle que Malberg va déconstruire dans un second temps.

B- L'absence de contrainte constitutionnelle pour les lois ordinaires

Si la constitution, selon Malberg, n'est pas une contrainte pour le pouvoir législatif, cela tient au laconisme de cette dernière (1), résultant lui-même de l'absence de réelle distinction entre loi constitutionnelle et loi ordinaire (2). Pour notre auteur, les trois lois constitutionnelles de 1875 sont « moins une manifestation de volonté suprême qu'un acte d'abandon à une volonté parlementaire qu'elle rend ainsi égale à celle même des constituants » (*LEVG*, p. 119).

1) Un laconisme constitutionnel au profit du législateur

Nous avons déjà souligné la brièveté des lois constitutionnelles de 1875. Malberg s'étend plus longuement sur ce point afin de démontrer que ce laconisme empêche la constitution d'être réellement une contrainte pour le législateur. Trois raisons sont avancées par notre auteur.

D'abord, la constitution laisse à l'appréciation du pouvoir législatif la répartition et l'organisation des pouvoirs. Par exemple : la constitution prévoit le principe de responsabilité des ministres devant les chambres sans prévoir les modalités d'une telle mise en cause ; elle laisse à l'appréciation du législateur le domaine d'intervention du pouvoir exécutif puisque ce dernier est conditionné par une loi antérieure ; elle laisse aux chambres le choix de leur organisation et de leur fonctionnement... Malberg considère que ce manque de précisions concernant le fonctionnement des institutions a pour conséquence que le texte constitutionnel n'est jamais véritablement une contrainte. Or comme c'est la loi qui est l'acte initial du système juridique, un tel abandon profite au législateur.

Ensuite, la constitution ne contient aucune déclaration de droit ou limitation matérielle à l'intervention d'une loi. Même si les libertés sont entrées dans les mœurs et que la III^e République est assurément un grand moment dans l'installation des libertés publiques, Malberg souligne que rien ne contraint juridiquement le législateur au respect des principes libéraux.

Enfin, la constitution n'aménage aucun contrôle de constitutionnalité de la loi. Si cela peut paraître logique en l'absence de véritable exigence substantielle concernant l'acte législatif, c'est surtout, aux yeux de Malberg, la confirmation que la constitution n'a pas de portée contraignante vis-à-vis de ce dernier.

Mais cette « faiblesse » de la constitution, selon notre auteur, va encore plus loin. En effet, non seulement cette dernière n'est pas une contrainte, mais elle n'est même pas, en dernière analyse, différente des lois ordinaires. D'où justement, pour Malberg, une brièveté qui n'est que le reflet d'un effacement de la distinction lois constitutionnelles et lois ordinaires.

2) Un effacement de la distinction entre constitution et lois ordinaires

Malberg se réfère à nouveau à la lettre de la constitution et plus précisément l'article 8 de la loi du 25 février 1875. Ce dernier prévoit que les chambres peuvent de leur propre initiative - « par

délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix » - ou sur proposition du Président ouvrir la révision constitutionnelle. Dans ce cas, elles se réuniront en Assemblée Nationale qui adoptera la révision à la majorité absolue de ses membres. Si notre auteur reconnaît qu'une telle procédure est dérogatoire de l'adoption des lois ordinaires, elle ne permet, selon lui, aucune véritable rigidité constitutionnelle. La raison en est que « l'adoption des lois de révision en Assemblée Nationale, aussi bien que celle des lois courantes dans les deux Chambres, dépend, en somme, de la majorité parlementaire ordinaire, c'est-à-dire du fait que les deux majorités simples, soit des députés, soit des sénateurs, sont acquises au projet en délibération » (*LEVG*, p. 138). L'argument est limpide : bien que ce ne soit pas la même formation qui révisé la constitution et qui adopte les lois, c'est le même personnel politique. Or, puisque la constitution n'est pas au dessus « du pouvoir des majorités parlementaires de qui dépend la législation ordinaire, (elle) ne possède pas les forces juridiques qui font qu'un ensemble de règles édictées à titre fondamental mérite véritablement et pleinement le nom de Constitution » (*LEVG*, p. 138).

Malberg réfléchit une nouvelle fois d'un point de vu organique et non purement procédural. Le véritable problème posé par l'article 8 est qu'il empêche notre auteur d'identifier un organe constituant différent de l'organe législatif. Or, puisque la force et la place d'un acte dépend de son organe d'adoption et non d'une valeur intrinsèque à cet acte, il ne peut exister de différence entre constitution et lois ordinaires qu'à la condition de pouvoir distinguer deux organes. Malberg émet cependant un tempérament quant à la nécessité d'un organe constituant clairement séparé de l'organe législatif. Et par là, il trahit la partialité de son appréciation de la procédure de révision des Lois de 1875. Prenant le cas de l'article 76 de la constitution de Weimar, il affirme que la présence d'un double quorum spécial - présence des deux tiers des membres de l'assemblée et vote émis par les deux tiers des membres présents - « suffit à établir une différence bien marquée entre lois ordinaires et lois constitutionnelles » (*LVEG*, p. 137). Et, s'il reconnaît que « la distinction entre les deux sortes de lois ne repose plus, il est vrai, sur le concept d'une séparation absolue entre le souverain et le législateur, (...) la constitution, en vertu de la solidité spéciale qui lui est ainsi conférée, reprend, en une certaine mesure, le caractère d'une loi fondamentale ». Malberg va jusqu'à en conclure qu'un contrôle de constitutionnalité des lois devient possible, puisque le « juge fait, en quelque sorte, appel de la majorité simple qui a voté la loi en question, à la majorité spéciale et renforcée, qui selon sa sentence, eût été nécessaire pour l'adoption d'une telle loi portant atteinte au statut fondamental ».

Un tel raisonnement appelle deux critiques.

La première concerne l'analyse que fait Malberg de la révision sous la constitution de 1791 (Titre VII et notamment articles 2, 5 et 6). Alors même que cette dernière prévoit que trois législatures consécutives émettent un vœu uniforme de révision et qu'une quatrième - « augmentée de deux cent quarante-neuf membres élus en chaque département » et ne pouvant contenir les membres de la troisième législature - adopte définitivement la révision, notre auteur estime qu'il y a tout de même « mainmise du Parlement sur la Constitution » (*LEVG*, p. 111). Alors qu'une telle procédure fait intervenir à trois reprises au moins le corps électoral et qu'elle empêche très clairement le législateur ordinaire de porter atteinte à la constitution, il affirme que « la position du Corps législatif était même plus forte que celle de l'assemblée de révision : car celle-ci n'avait à formuler la volonté générale que par intermittences et à l'occasion des révisions, tandis que la Législature ordinaire représentait la nation et exprimait sa volonté d'une façon constante et habituelle » (*LEVG*, p. 113). Une telle analyse est surprenante : comment Malberg, qui affirme que la procédure de révision de la constitution de Weimar permet la distinction constitution et loi ordinaire et la soumission de la seconde à la première, refuse-t-il cet « effet » à la procédure infiniment plus complexe de la constitution de 1791 ? Comment peut-il affirmer que le droit révolutionnaire ne consacrait aucune distinction entre constitution et lois ordinaires ? La difficulté nous paraît demeurer entière.

Une seconde critique porterait sur la révision sous la constitution de 1875 : pourquoi Malberg considère-t-il que les quorum spéciaux de l'article 8 sont « inférieurs » à ceux de l'article 76 de la constitution de Weimar ? A partir de quand une procédure de révision est-elle suffisamment rigide pour faire exister une distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires ? Au-delà du caractère arbitraire d'un tel choix, on remarque que, d'un pur point de vue arithmétique, les conditions de majorités de la constitution de la IIIe République sont plus exigeantes ou du moins équivalentes à celles de Weimar. Prenons pour exemple des assemblées contenant 100 personnes. Sous Weimar, il faut que les $\frac{2}{3}$ des membres soient présents soit $\frac{2}{3}$ de 100 = 66,6 ; ensuite, il faut que la révision soit adoptée au $\frac{2}{3}$ des présents c'est-à-dire au minimum $\frac{2}{3}$ de 66,6 = 44,4 ; on remarque ainsi que rapporté sur la totalité des membres de l'assemblée (100) nous sommes en deçà d'une majorité absolue des membres qui serait de 51. En France, l'Assemblée Nationale est une réunion des deux assemblées soient $100 + 100 = 200$; pour adopter la révision, cette dernière doit se prononcer à la majorité absolue des membres soit $(100 + 100) / 2 + 1 = 101$, il faut donc qu'il y ait toujours au minimum une majorité absolue des membres d'une des chambres qui vote pour la

révision. Ce calcul simple révèle que les conditions dérogatoires exigées par la constitution de Weimar pour sa révision sont plus souples que celles de la constitution de 1875.

Que faut-il tirer de cela ? Trois enseignements.

Tout d'abord, comme nous ne cessons de le montrer depuis le début de notre étude, Malberg est loin d'être formaliste. *Face à deux textes, dont les procédures d'adoption sont objectivement distinctes, notre auteur affirme qu'il n'y a pourtant qu'un seul et même acte.*

Ensuite, comme pour le cas de son interprétation des articles 1 et 3, Malberg mobilise déjà les concepts que les textes sont censés objectivement reprendre. Il donne une telle interprétation de la procédure de révision parce qu'il considère que sous Weimar (comme nous le montrerons) le concept représentatif n'est pas adopté. Au contraire pour la France, puisqu'il considère cela comme nécessaire, sa lecture est tout autre...

Enfin, et quelles que soient les critiques émises sur l'analyse de Malberg, celle-ci aboutit à un effacement de la distinction constitution et lois ordinaires, effacement qui interdit de considérer la constitution comme une limite au pouvoir du Parlement et à l'intervention de la loi : « Le Parlement exerce sa maîtrise aussi bien sur la Constitution que sur les lois : il est maître de la Constitution » (*LEVG*, p. 114).

C- Un caractère obligatoire des lois malgré l'absence de toute formule exécutoire

Le dernier élément que relève Malberg n'est pas, à proprement parler, dans le texte constitutionnel. Il souligne simplement que les lois votées par le Parlement sont exécutoires malgré l'absence de commandement : « Pas plus dans la promulgation que dans l'adoption parlementaire des lois, on ne retrouve de traces des anciennes injonctions adressées aux personnes publiques ou privées que la loi doit obliger » (*LEVG*, p. 148).

Paragraphe 2 : Les concepts révolutionnaires comme condition de possibilité de la suprématie législative

La présentation de ces trois éléments « objectifs » a une finalité évidente : rendre nécessaire l'invocation des concepts révolutionnaires.

Comment expliquer la supériorité de la loi et le monopole parlementaire de la puissance législative ? Par le concept de parlement représentant de la volonté générale : « En réalité, l'opposition fondamentale, qui est si nettement marquée par la Constitution de 1875, quant à la force d'initiative, entre la loi et l'acte exécutif, *ne peut s'expliquer que par la différence de qualité en lesquelles Parlement et exécutif exercent respectivement la puissance nationale* » (LEVG, p. 45, nous soulignons). Comment expliquer la brièveté de la constitution de 1875 et la mainmise du Parlement sur cette dernière ? Par les concepts révolutionnaire bien entendu : « Il n'est pas douteux que ce point de vue [Parlement représentant de la volonté générale] n'ait influé sur nos constituants de 1875 : *car lui seul peut expliquer, d'une façon pleinement rationnelle, la brièveté de leur oeuvre* » (LEVG, p. 115, nous soulignons). Enfin comment expliquer le caractère obligatoire des lois alors même que ni ces dernières, ni la promulgation ne contiennent de commandement ? Par l'identité entre destinataire de la loi et créateur de la loi : « D'où vient cette disparition du commandement législatif ? A défaut de tout commandement, comment se fait-il que citoyens et fonctionnaires soient aujourd'hui liés à la loi et tenus de s'y conformer ? Quel est le fondement juridique de l'obligation d'obéir aux lois ? La réponse à ces questions va de soi, dès que l'on remonte au principe dégagé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, qui définissait la loi comme l'expression de la volonté générale » (LEVG, p. 148).

Entendons-nous bien sur la portée de l'adoption d'un tel concept : il signifie non seulement que le Parlement est l'unique représentant, l'organe suprême de l'Etat, c'est-à-dire, pour Malberg, celui chargé de vouloir de façon initiale pour l'Etat ; mais *a contrario*, cela signifie aussi que le Président de la République (et le pouvoir exécutif en général) est relégué au simple rang de fonctionnaire, c'est-à-dire au rang d'exécutant d'une volonté politique qui le précède. C'est bien la conclusion à laquelle arrive notre auteur lorsqu'il affirme que la constitution de 1875 n'a prévu « qu'un seul organe doué d'une véritable puissance de représentation, le Parlement » (CTGE II, p. 403).

A cette étape du raisonnement de Malberg se dévoile l'une des ruptures épistémologique dans son oeuvre : d'une démarche affichée comme positiviste il passe à un raisonnement transcendantal. Il n'étudie plus la cohérence de la constitution prise en soi mais se demande à quelles conditions cette constitution peut être cohérente. *Pour le dire autrement, il ne cherche pas à savoir pourquoi, selon le droit positif, la loi est placée dans cette position de souveraineté mais à quelles conditions il est logiquement possible d'accepter qu'elle ait cette place.* Or ce changement

de démarche n'est lui-même possible que grâce à la première rupture épistémologique de l'auteur strasbourgeois : l'essentialisme. C'est parce que Malberg considère que le droit est lié à des essences, à des concepts dont l'existence ne tient qu'à leur contenu, qu'il peut chercher les fondements rationnels de la constitution de 1875. C'est parce que le droit positif est fondé sur des vérités qui le dépasse que le juriste peut venir chercher les arrières-mondes des textes. Il ne faut donc pas se tromper : son raisonnement n'est en rien inductif. *Loin de partir des textes pour former les concepts, Malberg relie un phénomène à un schéma métaphysique a priori.*

Par là on remarque une première circularité dans son raisonnement : *les données textuelles sont à la fois les preuves et les conséquences de ses concepts a priori.* Ses prémisses sont des axiomes dont il ne démontre logiquement jamais l'existence mais qu'il fonde sur leurs résultats. En effet il pose le principe de loi expression de la volonté générale et en déduit des conséquences *a priori* ; il relève ensuite ces conséquences - après un premier travail d'interprétation comme nous l'avons vu - dans le texte constitutionnel ; enfin il en déduit que ce dernier non seulement reprend mais atteste la véracité de ses prémisses. Il est pourtant impossible de prouver des prémisses par leur résultat. On ne peut que les supposer vraies³⁴.

Or Malberg ne se contente pas de supposer vraies ses prémisses ; il les tient pour vraies. L'objectif de cette deuxième étape de son raisonnement était justement de rendre son cadre conceptuel légitime et objectif. Mais pour quoi faire se demande-t-on alors ? Tout simplement pour pouvoir l'appliquer à la constitution de 1875 afin d'en tirer le système de gouvernement du parlementarisme absolu³⁵.

SECTION 3 - Des concepts aux textes : l'assimilation « constitution/ système de gouvernement » permise par le cadre conceptuel

Cette dernière étape est l'application du cadre conceptuel de notre auteur au versant institutionnel de la constitution de 1875. C'est à ce moment qu'il démontre que les trois Lois constitutionnelles organisent le parlementarisme absolu c'est-à-dire non seulement ne contiennent

³⁴ Ce débat renvoie, pour ce qui est des mathématiques, aux objections du logicien Kurt Gödel qui a montré l'impossibilité d'une axiomatique close. Pour une application éthique de cette discussion, voir le débat entre Hans Albert (et son Trilemme de Münchhausen) et Karl-Otto Apel.

³⁵ Par là on remarque que le raisonnement présente à nouveau une circularité, Malberg déterminant grâce à ses concepts ce qui devrait en être la conséquence logique et objective. Si le système de gouvernement du parlementarisme absolu est contenu *ab initio* dans les concepts révolutionnaires, il ne devrait pas avoir besoin d'être « découvert » grâce à ces derniers.

qu'un seul système de gouvernement mais ne pouvaient par ailleurs donner lieu qu'à une seule pratique. En cela, il affirme une identité parfaite entre la constitution, sa signification et sa pratique (Paragraphe 1). Le caractère déterminant de son cadre conceptuel grâce auquel notre auteur peut interpréter la constitution formelle se dévoile particulièrement lorsqu'il aborde la question délicate de la réforme du parlementarisme absolu. Passant à la lumière de ses concepts les différentes propositions de réforme, il n'en retient qu'une seule possible : l'adoption d'institutions démocratiques par le mécanisme du référendum (Paragraphe 2).

Avec cette dernière étape du premier temps de notre démonstration, nous aurons donc la certitude que Malberg ne déduit pas de la simple constitution formelle un système de gouvernement.

Paragraphe 1 : Les rapports entre Parlement et exécutif appréciés à l'aune des concepts révolutionnaires

Comme nous l'avions souligné en introduction, les mécanismes formels de la constitution de 1875 permettent difficilement de déduire un système de gouvernement unique. C'est pourtant ce que prétend notre auteur. A son sens, les incertitudes ou ambiguïtés textuelles pouvant laisser croire à la possibilité d'un dualisme sont purement théoriques. Pour les déconstruire et déduire de la constitution formelle le parlementarisme absolu, il va alors recourir au principe de Parlement représentant de la volonté générale (A). Ce système de gouvernement idéal, qui ressort objectivement des textes, selon notre auteur, est la cause ultime de la pratique politique ayant cours sous la III^e République. Loin de distinguer sens objectif du texte et pratique du texte Malberg fusionne les deux. Il assimile ainsi - non sans paradoxe, comme nous tenterons de le montrer - système de gouvernement idéal et système de gouvernement effectif (B).

A- Les incertitudes textuelles éclairées par le concept de Parlement représentant de la volonté générale

Trois analyses permettent à Malberg d'affirmer que la constitution organise le parlementarisme absolu. La première concerne le statut du Président de la République, que notre auteur considère comme privant ce dernier de toute force politique (1). La deuxième porte sur les prérogatives que la constitution donne au Président, mais dans lesquelles Malberg refuse de voir quelque capacité à s'opposer à la volonté politique des chambres (2). La troisième porte sur les

conséquences que Malberg tire de cette faiblesse présidentielle quant au statut du gouvernement (3). Pour chacune des analyses, Malberg invoque toujours - implicitement ou explicitement - le schéma conceptuel, dont il a précédemment « démontré » l'existence.

1) L'interprétation du statut présidentiel comme privation de toute force politique indépendante

Trois éléments du statut présidentiel attestent pour notre auteur de son absence totale d'indépendance vis à vis du Parlement.

D'abord, son élection par l'Assemblée Nationale, que Malberg analyse comme un gage de soumission du chef de l'Exécutif à la volonté du Parlement : « Au contraire, en faisant dépendre la nomination des titulaires de l'Exécutif, non plus d'élections faites dans le pays, mais d'une élection présidentielle faite en Assemblée nationale par le personnel parlementaire, et, quant aux ministres, de désignations résultant des votes politiques de la majorité parlementaire, la Constitution a frappé l'Exécutif d'une cause d'infériorité congénitale, qui devait inéluctablement avoir pour conséquence de le mettre dans une condition de subordination envers le Parlement : il est clair, en effet, qu'en l'absence de tout point d'appui pris par lui en dehors des Chambres dont il est issu, l'Exécutif ne pouvait plus prétendre faire valoir une volonté générale différente de celle dont le Parlement possède la représentation » (*LEVG*, p. 176).

Ensuite, contrairement à ce qu'affirment de nombreux autres interprètes, notre auteur considère que l'irresponsabilité présidentielle n'est pas un privilège accordé au président de la République mais « la vérité est, en sens inverse, qu'elle est une garantie prise contre lui » (*LEVG*, p. 187). Pour le maître strasbourgeois, l'irresponsabilité est l'une des expressions les plus flagrante de la privation de toute force politique autonome du Président.

Enfin, la nécessité de contreseing par les ministres de tous les actes du Président combinée au principe de responsabilité du gouvernement devant les chambres finissent, pour Malberg, d'attester l'absence totale d'indépendance politique du chef de l'Etat.

Un tel raisonnement paraît convaincant. Il repose pourtant, non pas sur les textes mêmes, mais bien plutôt sur les concepts politico-juridiques de Malberg. En quoi peut-on le percevoir ?

On remarque d'abord que la signification et la portée que Malberg donne aux mécanismes formels étudiés ne sont pas cohérentes avec d'autres analyses présentes dans son oeuvre. A mécanismes similaires, il ne donne pas une interprétation équivalente.

Commençons par le mode d'élection du Président de la République : dans l'oeuvre de notre auteur, il y a une ambiguïté sur le statut de l'élection. Il affirme à plusieurs reprises que la force politique ou plutôt la qualité de représentant ne vient pas de l'élection mais de la fonction exercée. Ainsi ce qui distingue, selon lui, les organes des fonctionnaires n'est pas leur mode de nomination, mais la fonction qu'ils exercent. Cela résulte de ce que Malberg considère l'élection non comme « un droit individuel, ni même civique, mais une fonction constitutionnelle » (*CTGE II*, p. 430). C'est parce que la constitution prévoit que tel corps peut en désigner un autre que l'élection existe. Elle ne découle point de droits antérieurs ou extérieurs à la constitution. Surtout, elle n'est jamais la manifestation d'une puissance politique de l'électeur. Or ici, Malberg déduit d'un mode d'élection la privation complète de force politique du président de la République. Il lui refuse toute fonction de représentation, toute capacité de vouloir initialement et de façon indépendante en raison de son origine élective. L'élection change alors de statut : elle n'est plus une fonction mais justement l'expression d'une puissance politique. Elle traduit un rapport de soumission entre celui qui élit et celui qui est élu. Il ne tire pourtant pas les mêmes conclusions s'agissant du mode d'élection du Sénat et de la chambre des députés. Alors que la chambre des députés est directement désignée par le peuple, jamais il ne considère que cela traduit une soumission de cette dernière vis-à-vis des électeurs. Par ailleurs, alors même que le Sénat en vertu de l'article 4 de la loi du 24 février 1875 est élu en partie par les députés, il ne considère pas qu'une telle origine élective peut avoir un impact sur la fonction de représentation exercée par la Chambre Haute, ni que cela traduit une soumission - même partielle - vis-à-vis de la chambre des députés. Ainsi, la seule façon de comprendre cette dualité dans le statut accordé à l'élection réside tout simplement dans le fait que, pour Malberg, le Parlement est le représentant de la volonté générale. Dès lors sa désignation par le corps électoral n'est jamais l'expression d'une puissance, mais la désignation du Président par lui l'est nécessairement.

On retrouve des ambiguïtés proches concernant l'irresponsabilité. D'abord, chose étonnante, là où Malberg considère que le Président de la République est irresponsable en France en vertu de l'article 6 de la loi du 25 février 1875 - sauf cas de haute trahison - il vient donner un sens totalement contraire à un mécanisme quasiment similaire prévu par la constitution de Weimar. Cette dernière prévoit dans son article 59 que le président du Reich ainsi que le chancelier et les ministres peuvent être mis en accusation par le Reichstag devant la Haute cour de justice du Reich pour

violation coupable de la Constitution ou d'une loi. Notre auteur interprète ce mécanisme comme une responsabilité politique du Président : la preuve que la constitution « n'envisage par sa fonction [celle du président] comme devant rester inerte, c'est qu'elle s'est gardée de le rendre irresponsable » (*LEVG*, p. 205). On a pourtant du mal à établir une véritable différence entre la mise en accusation du Président français pour Haute trahison et le mécanisme exposé ci-dessus. Dans les deux cas il s'agit d'une responsabilité politique exceptionnelle et non d'une responsabilité pénale. La preuve en est que la constitution ne prévoit comme sanction que la destitution et surtout, qu'aucune liste d'infraction n'est préalablement établie contrairement à ce qu'exige normalement le principe fondateur du droit pénal moderne : la légalité criminelle. Mais la difficulté ne s'arrête pas là. Comment Malberg peut-il déduire de l'irresponsabilité du président une privation de force politique ? Si l'on compare par exemple le statut du président et celui du Parlement : les parlementaires, comme le président, sont élus par le biais d'un suffrage direct pour les uns (députés) et indirects pour les autres (sénateurs) ; ils sont aussi irresponsables politiquement en l'absence de tout mandat impératif ; enfin, seul leur réélection peut apparaître comme le moment d'une sanction politique. Pourquoi alors dans le cas du Parlement, Malberg considère-t-il que ce statut n'entraîne aucune faiblesse mais plutôt une force alors que pour le cas du président, il est l'une des sources de son infériorité ? Justement parce que Malberg apprécie les effets et la valeur politique de mécanismes formels par le prisme de ses concepts *a priori*.

Du statut du Président tel qu'exposé, il est en effet impossible de déduire absolument l'absence de force politique de ce dernier. Souvenons-nous que la constitution est muette sur la source de l'autorité ou sur le titulaire de la souveraineté. Elle ne contient aucune pétition de principes politiques. Les mécanismes formels relatifs au statut du président ne peuvent ainsi s'interpréter en eux-mêmes - c'est-à-dire pris individuellement - comme une privation de volonté politique. Ce n'est que dans leur combinaison avec le schéma conceptuel de Malberg qu'ils peuvent produire un tel effet : l'Etat est une unité ; l'unité de l'Etat suppose une unité de l'expression de sa volonté ; l'unité de l'expression de sa volonté suppose un organe suprême unique reposant sur un principe de souveraineté unique (monarchique, démocratique ou nationale) ; cet organe suprême unique est le Parlement en France, chargé à ce titre de vouloir pour la nation ; aucune volonté initiale, aucune volonté politique ne peut donc exister en dehors du Parlement. Si ces prémisses sont acceptées - et Malberg pense bien les avoir déjà démontrées dans la deuxième partie de son raisonnement - alors le président, puisqu'élut par le Parlement, ne peut avoir de volonté politique propre. Si le Parlement exerce seul la fonction de représentation, alors l'élection du Président ne

peut avoir d'autre signification que celle d'une soumission et son irresponsabilité que celle d'une mise à l'écart. Avec cette démonstration, on comprend que pour notre auteur, la force politique d'un acteur n'est pas déterminée par son individualité, par le contexte politique ou par une autre circonstance de fait mais par les concepts ou principes au fondement de l'ordre juridique. Le système de gouvernement repose sur des concepts. Ce trait particulier de la pensée de Malberg ne va cesser de se révéler dans le reste de ses analyses.

2) L'impossible usage par le Président de ses prérogatives

De ce qui a été dit précédemment il résulte - pour Malberg - que *non seulement le président n'a pas de volonté politique autonome mais surtout qu'il est impossible de concevoir qu'il en ait une*. Ces deux idées expliquent le traitement que réserve Malberg aux différentes prérogatives que la constitution attribue au président. Sur ce point nous ne suivons pas exactement la typologie effectués par Malberg lui-même dans *la Loi*³⁶.

Commençons par les prérogatives dont l'usage ne renforce pas, pour Malberg, l'autorité du Président. Il s'agit principalement de la dissolution. Remarquant que cette dernière est soumise à l'assentiment du Sénat, notre auteur affirme que ce n'est certainement « pas une arme accordée à l'Exécutif dans son propre intérêt et en faveur de ses propres desseins politiques » (*LEVG*, p. 181), mais simplement un moyen « de ramener à l'observation des vœux du pays une Chambre qui s'en serait écartée » (*Ibid.*, p. 182). Il en conclut que si « l'arme de la dissolution a été placée dans les mains de l'Exécutif, elle ne lui a pas été confiée à l'effet de lui ouvrir des chances de faire prévaloir sa propre politique, mais exclusivement pour assurer la prépondérance de la politique à laquelle aspire le corps électoral » (*Ibid.*, p. 182), et que s'il en faisait un usage différent, il « commettrait un détournement de pouvoirs » (*Ibid.*, p. 188). Une telle analyse est contestable. Elle repose sur une vision unifiée du Parlement alors même que le bicamérisme permettrait largement de concevoir un Sénat aux côtés du Président et une chambre des députés opposées aux deux. Dans ce cas, la dissolution pourrait être un moyen pour la majorité présidentielle au Sénat de conquérir la chambre des députés. Mais, pour Malberg, une telle interprétation est impossible puisque justement le Président ne peut logiquement disposer d'aucune force politique autonome. A cet égard il nous est

³⁶ Il y distingue les prérogatives insusceptibles d'être de véritable facteurs de puissance ; celles susceptibles de l'être mais ne pouvant pas être utilisées ; celles pouvant être utilisées mais n'accroissant par la force du président vis-à-vis du Parlement (*LEVG*, pp. 184-187)

possible de penser que, quand bien même la dissolution ne serait pas soumise à l'assentiment du Sénat, elle ne pourrait avoir, pour notre auteur, comme conséquence de renforcer la puissance du Président. En effet, si la volonté générale s'incarne dans le Parlement qui seul la représente, la dissolution aura toujours pour fonction de restaurer la puissance parlementaire. Pour que la dissolution soit une véritable prérogative présidentielle, il faudrait que le Parlement ne soit plus l'organe suprême de l'Etat. C'est d'ailleurs exactement ce qu'affirme Malberg à propos de la dissolution dans la constitution de Weimar : « A cet égard, le pouvoir donné au Président sur le Reichstag est celui de dissolution (art. 25) ; et ce pouvoir doit s'interpréter, dans le système weimarien, comme une arme qui assurément permet au Président de réagir contre la politique du Reichstag, mais aussi et surtout comme une conséquence de l'idée qu'au-dessus de la volonté parlementaire, il y a une autre volonté plus forte qui est celle du peuple » (*LEVG*, p. 207). Pour Malberg, la dissolution peut être vue comme une faculté jouant en faveur du président, parce que dans le système weimarien le Parlement n'est pas l'organe suprême. Par là on entrevoit une idée que nous développerons dans la deuxième partie de cette étude : *la signification des mécanismes formels pour Malberg repose sur le système constitutionnel dans lequel ils s'inscrivent et ce système est d'abord déterminé par le choix d'un organe suprême plutôt qu'un autre.*

Ensuite, Malberg répertorie un ensemble de prérogatives présidentielles, abondamment mobilisées par les tenants d'une lecture dualiste de la constitution, qu'ils considèrent comme n'étant pas utilisables par le président de la République, faute de possibilité pour ce dernier d'opposer sa volonté à celle des chambres. Il s'agit principalement de la demande d'une nouvelle délibération après l'adoption d'une loi et de la nomination/révocation des ministres.³⁷ Concernant la demande d'une nouvelle délibération, il affirme ainsi « on ne voit guère, en effet, comment notre Exécutif pourrait entrer en lutte contre une volonté législative qui vient de s'affirmer dans les Chambres comme la volonté de la majorité » (*LEVG*, p. 186). De même, à propos du pouvoir de nomination et de révocation des ministres, il considère qu'« en réalité, cette nomination n'a que la valeur d'une présentation : ce sont les Chambres qui, en acceptant le Ministère ou en le mettant d'emblée en minorité, confirment ou infirment sa création » (*Ibid.*, p. 185). On pourrait croire dans ces deux cas qu'une telle affirmation résulte logiquement d'une lecture combinée des différents articles de la constitution. En effet, si les ministres sont responsables devant les chambres, si tous les actes du

³⁷ Il y en a d'autres, comme la gestion des sessions parlementaires, le pouvoir de négocier ou ratifier les traités ou encore l'ajournement, mais elles nous semblent moins révélatrice de la lecture partielle que Malberg fait de la constitution de 1875

président doivent être contresignés par les ministres, alors il est logique que ces facultés du président ne soient jamais véritablement des facteurs de puissance opposables au Parlement. Un tel raisonnement ne se suffit pourtant pas : il suppose une nouvelle fois que le Président soit dénué de toute autorité politique autonome. C'est parce que le Parlement détient le monopole de l'expression de la volonté générale - comprenons ici la volonté politique - que le Président ne peut s'opposer aux chambres. C'est parce que le Parlement monopolise toute la puissance que l'exigence du contreseing est considérée comme un obstacle à l'indépendance du Président. Malberg insiste longuement sur ce point : le Président n'a pas la force pour tenter une lutte ouverte contre le Parlement. Et l'on aperçoit à nouveau l'importance de son schéma conceptuel : une telle confrontation est impossible, car elle serait contraire au principe d'unité étatique et à celui de Parlement représentant de la volonté générale. Mais notre auteur va plus loin. Non seulement le pouvoir exécutif ne peut jamais s'opposer au Parlement, mais encore il est capté et entièrement dominé par lui. Voilà pourquoi Malberg utilise l'expression de « parlementarisme absolu ».

3) La captation parlementaire du pouvoir gouvernemental

En l'absence de toute puissance du chef de l'exécutif, le gouvernement perd par voie de conséquences son seul appui extérieur aux chambres : « Mais encore les ministres, de leur côté, ne relèvent plus que de la domination parlementaire, étant donné qu'ils ne trouvent plus dans le chef nominal de l'Exécutif de force spéciale et réelle à laquelle ils aient la ressource de s'appuyer » (*LEVG*, p. 194). Pour Malberg, on ne peut plus dès lors maintenir l'ancienne conception d'un gouvernement trait d'union entre Parlement et chef de l'Etat. La véritable qualification ne peut qu'être « celle de comité gouvernemental du Parlement » (*Ibid.*). De là il conclut que le principe de responsabilité ministérielle sous la constitution de 1875 doit se voir comme « une arme dont chaque majorité nouvellement formée se sert pour s'emparer de l'action gouvernementale (...) La fin dernière de la mise en oeuvre de la responsabilité ministérielle n'est donc point le renvoi de ministres qui ont cessé de plaire, mais bien la conquête du Ministère par un parti qui est parvenu, dans le Parlement, à réunir en sa faveur la majorité » (*Ibid.*). Mais il ne s'arrête pas là. Non seulement le gouvernement est entièrement soumis aux Chambres et le Président incapable de lutter contre ces dernières, mais les chambres récupèrent aussi indirectement l'usage des prérogatives présidentielles puisque face à la pression des ministres - commis des chambres - le chef de l'Etat ne peut qu'accorder sa signature : « Et d'autre part, le Président ne saurait davantage résister à la pression des ministres responsables : dès que ceux-ci insistent, il lui

faut se résoudre à donner sa signature » (*CTGE II*, p. 102). A ce point, le raisonnement du maître strasbourgeois est implacable : si, comme il l'affirme la constitution prive le Président de toute force politique autonome, le gouvernement ne peut jamais être considéré comme un intermédiaire et le président n'est pas en état de lui refuser l'usage des prérogatives soumises à son contreseing.³⁸

A l'inverse la logique semble nous échapper lorsque notre auteur affirme que non seulement le gouvernement est un comité des chambres mais encore et surtout qu'il n'a aucune indépendance réelle vis-à-vis de ces dernières, qu'il ne les domine pas mais est entièrement dominé par elles : « Il est, en effet, certain que le Parlement joue présentement, vis-à-vis de l'Exécutif, non plus seulement le rôle d'un conseil de surveillance, mais bien plutôt celui d'un conseil de direction » (*LEVG*, p. 195). Il précise ensuite ce qu'il entend par conseil de direction : « Si la majorité parlementaire ne peut toujours point accomplir ou décider directement par elle-même les actes de gouvernement, elle est parvenue, du moins, à acquérir sur l'action gouvernementale du Ministère une influence maîtresse, qu'elle exerce non point, il est vrai, par voie d'injonctions formelles adressées aux ministres, mais simplement au moyen d'indications fournies par ses votes ; et les dualistes eux-mêmes sont obligés de convenir que ces indications de ses vues et de sa volonté gouvernementales équivalent, pour l'Exécutif, à des ordres, auxquels il est hors d'état de résister » (*Ibid.*). Par là, il faut comprendre que, pour Malberg, le gouvernement est systématiquement cantonné à un rôle d'exécutant, de fonctionnaire, qui peut certes disposer d'une liberté dans les moyens choisis pour arriver à certaines fins mais qui n'a jamais la possibilité de déterminer lui-même ces dernières.³⁹ Il dispose d'une compétence technique mais jamais politique c'est-à-dire qu'il n'est jamais en état de vouloir initialement. On se demande alors immédiatement pourquoi le gouvernement français est soumis aux chambres là où en Grande Bretagne il demeure un « certain équilibre entre le Cabinet et le Parlement » (*LEVG*, p. 190). Pourquoi le parlementarisme absolu en France et le gouvernement de Cabinet en Angleterre ? Dans les deux cas, Malberg constate pourtant un effacement du chef de l'Etat et un renforcement du Parlement. De façon assez énigmatique il énonce simplement « le

³⁸ Demeure tout de même une forme de circularité dans ce raisonnement. En effet, Malberg considère que l'une des causes principales de l'absence de puissance autonome du Président vient de l'exigence du contreseing ministériel, le gouvernement étant un comité des chambres. Or il considère que la soumission des ministres aux chambres vient justement de ce qu'ils ne peuvent pas s'appuyer sur la force politique du Président. Mais comment la faiblesse du président peut-elle être causée par la faiblesse du gouvernement qu'elle est censée elle-même provoquer ? Une nouvelle fois cela n'est possible qu'en partant du postulat que le Parlement est le représentant de la volonté générale avec comme conséquence l'exclusion d'une volonté politique autonome de l'autorité présidentielle.

³⁹ Malberg affirme ainsi que le gouvernement français « mène et administre des affaires. Son rôle en cela est de même nature que celui du professionnel, du technicien, seul capable d'exécuter un travail ou d'entreprendre des opérations qui exigent une formation et des connaissances spéciales (...). Quelque étendue que soit, pour des motifs d'ordre technique ou d'opportunité pratique, la liberté d'initiative et d'action à laquelle les ministres ont droit de prétendre pour l'accomplissement de leur mission, le Cabinet n'exerce, dans l'ensemble de l'organisation propre au régime parlementaire, qu'une simple « fonction » de gestion et d'administration » (*CTGE II*, note 66 p. 106).

parlementarisme anglais a évolué peu à peu vers une forme nouvelle, dans laquelle le Ministère a été amené à chercher son point d'appui, tout comme la majorité des Communes, du côté du corps électoral » et que la persistance d'une forme de dualisme provient « de ce que tous deux sont égaux devant le corps électoral » grâce à la procédure de dissolution (*LEVG*, p. 190). Or il est difficile de prendre cette explication au sérieux : de quelle légitimité, de quelle force politique pourrait se prévaloir le gouvernement face au Parlement ? Celle du corps électoral ? Mais le corps électoral vote pour élire des parlementaires non un ministère... Sa fonction est de désigner des représentants. Ce sont alors les parlementaires qui, dans la logique de Malberg, devraient sortir grandis de la dissolution.

Les conclusions auxquelles on arrive sont donc similaires à celles des analyses précédentes : Malberg ne parvient à déduire de la constitution le parlementarisme absolu que par référence au concept de Parlement représentant de la volonté générale. Seule l'utilisation de ce concept permet d'expliquer que le « Parlement (français), devenu maître sur toute la ligne, domine complètement l'Exécutif » (*LEVG*, p. 196) là où en Grande Bretagne le gouvernement détient sans aucun doute l'initiative politique. Seuls ses concepts permettent à notre auteur de donner une signification aussi précise à des mécanismes constitutionnels, dont le laconisme nous semblait interdire de tirer des déductions d'un point de vue des équilibres institutionnels. Mais il faut ajouter à cela que Malberg n'entend pas simplement dévoiler le véritable sens de la constitution de 1875 mais aussi et surtout sa seule et véritable pratique. Quand il affirme qu'il n'y a « plus place, dans ce concept [Parlement représentant de la volonté générale], pour une puissance gouvernementale, qui, aux mains de l'Exécutif, aurait été franchement opposable à celle de l'assemblée des députés » (*LEVG*, p. 190), il n'entend pas se cantonner à la signification de la constitution mais bien parler de ses effets, de ses conséquences concrètes. Si la constitution s'est fondée, comme nous dit Malberg, sur les principes révolutionnaires, la pratique politique du parlementarisme absolu n'est ni une violation des lois de 1875, ni une juste application par des acteurs politiques conscients du véritable sens de ces textes, mais « la conséquence logique et inévitable des institutions adoptées par cette Constitution elle-même » (*LEVG*, p. 196). Non seulement la constitution de 1875 a un sens unique et objectif, mais ce sens encore s'impose aux acteurs politiques et détermine entièrement leur pratique qui n'en est que l'illustration et la conséquence.

B- Le parlementarisme absolu justifié par le concept de Parlement représentant de la volonté générale

Nous arrivons à un moment clé du système de pensée de Malberg, qui démontre à quel point notre auteur est essentialiste et non formaliste. Pour lui, la pratique politique n'est pas une réalité autonome de la constitution. Bien au contraire, cette dernière est toute contenue *ab initio* dans les concepts et institutions adoptées par la constitution de 1875. *C'est-à-dire qu'il assimile parfaitement constitution formelle, système de gouvernement idéal et système de gouvernement effectif* (1). Pourtant, bien qu'il considère que toute pratique est nécessaire allant même jusqu'à leur attribuer le statut de preuve ultime de l'existence et de l'adoption de ses concepts par les textes, il ne reconnaît pas aux pratiques contraires à son système de valeur de réfutation (2). Il rend alors non seulement son raisonnement circulaire - les pratiques étant conséquences et preuves de ses concepts - mais surtout infalsifiable.

1) Une triple assimilation « constitution formelle/système de gouvernement idéal/système de gouvernement effectif »

C'est la grande affirmation de Malberg qui nous a poussé - en partie - à poser la problématique constitution et système de gouvernement dans son oeuvre. Notre auteur ne distingue pas constitution formelle, signification de la constitution et réalité politique. Selon lui, la pratique politique du parlementarisme absolu n'est pas autre chose que la constitution appliquée : « Nous ne croyons pas que l'accroissement si considérable de la puissance du Parlement et le refoulement de celle de l'Exécutif soient le produit d'une déviation du système organique établi en 1875. Il faut y voir bien plutôt le développement naturel de conséquences qui découlent des principes mêmes sur lesquels ce système a été édifié » (*LEVG*, p. 183)⁴⁰. On comprend alors que chez notre auteur, *les concepts - en raison de leur statut de vérité - sont les causes ultimes du droit positif et de la pratique*. Toute constitution se rattache à des concepts ou des principes fondamentaux et doit se soumettre à leur logique implacable. Or, puisque que, pour Malberg, il existe un rapport de causalité entre concept, droit et pratique du droit, les faits ont une valeur de preuve vis-à-vis de son système.

⁴⁰ Dans le même sens : « Et maintenant, il importe grandement d'ajouter que toutes les facultés qui se trouvent ainsi assurées aux Chambres touchant la formation du ministère, la direction de l'activité exécutive, la révocation des ministres ou le renversement du PDR lui-même, ne sont pas seulement des pouvoirs de fait, mais de véritables pouvoirs juridiques : tout cela n'est pas simplement de la pratique, plus ou moins conforme aux principes constitutionnels ; mais, c'est bien du droit parlementaire ; car, tout cela résulte naturellement du jeu des institutions consacrées par la constitution » (*CTGE II*, p. 103) ; « il faut bien reconnaître, si l'on va au fond des choses, que cette suprématie parlementaire, ainsi préparée et assurée par la Constitution de 1875, se rattache avant tout, à l'idée originale du Parlement concentrant en lui la représentation de la volonté générale. Cette idée devait nécessairement entraîner à sa suite l'assujettissement de l'Exécutif au Parlement » (*LEVG*, p. 197)

C'est ainsi qu'il peut affirmer que « les faits sont venus démontrer, de bonne heure, que non seulement l'Exécutif n'est point l'égal du Parlement, mais encore qu'il ne jouit pas, vis-à-vis de celui-ci, d'une véritable indépendance, pas même pour l'exercice des pouvoirs qui lui ont été conférés en propre par les textes constitutionnels » (*Ibid.*). Loin d'être un dévoiement de la constitution, la pratique est donc une manifestation du sens de cette dernière, une preuve que les affirmations de notre auteur sont véridiques.⁴¹ A ce titre le raisonnement de Malberg présente à nouveau un caractère circulaire.

La pratique politique a en effet un statut de preuve et de conséquence vis-à-vis des prémisses c'est-à-dire qu'elle atteste l'existence du principe, dont elle est sensée découler. Malberg tente d'éviter cette circularité par l'affirmation d'un lien de nécessité entre concept et pratique politique. Mais, non seulement cela ne paraît pas convaincant, puisque l'affirmation d'un lien de causalité absolu entre concept et pratique n'est pas démontré mais supposé, mais encore, une telle affirmation est grandement affaiblie par le traitement partial que Malberg réserve aux faits politiques. Comme nous allons le voir, Malberg considère les pratiques conformes à son système comme ayant force de preuve, sans reconnaître de valeur à celles qui lui sont contraires.

2) Une pratique politique paradoxalement insusceptible d'invalider l'analyse malbergienne

D'un côté Malberg assimile pratique du droit et droit : « Aujourd'hui où la Constitution a eu le temps de sortir ses effets dans toute leur plénitude, il est devenu manifeste que les institutions consacrées par elle ne pouvaient avoir d'autre résultat que d'engendrer, en définitive, la suprématie absolue du Parlement dans ses rapports avec le Gouvernement » (*LEVG*, p. 196). De l'autre, il dénie à plusieurs moments la valeur de la pratique.

C'est d'abord le cas lorsque, face à une pratique contraire à sa lecture de la constitution, il considère cette dernière comme une erreur ou sans importance. Ainsi, constatant par exemple l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome en matière de service public et de police générale ne reposant sur aucune loi d'habilitation, notre auteur va affirmer qu'il s'agit pour le premier d'un

⁴¹ Ce statut de preuve de la pratique politique est particulièrement flagrant dans l'extrait suivant : « Ces vues (concept de Parlement représentant la volonté générale) qui avaient inspiré les constituants en 1875, n'ont fait que se fortifier depuis lors : on n'en trouve pas seulement la preuve dans le fait que la Constitution a été laissée, par les Législatures qui se sont succédé depuis sa fondation jusqu'à nos jours, dans son état embryonnaire du début ; mais on la trouve aussi dans la déconstitutionnalisation qui a été opérée en 1884 sur une portion relativement considérable de son dispositif et qui a eu pour effet d'amoinrir encore son domaine matériel déjà si réduit » (*LEVG*, pp. 115-116)

simple laisser-faire du Parlement⁴² et pour le second d'une violation de la constitution⁴³. De même, parlant de l'usage de la dissolution sous la présidence Mac Mahon, il qualifie cette dernière de « tentative malheureuse de 1877, qui était due à la méconnaissance de cette même destination de la dissolution » (*LEVG*, p. 188). Or un tel raisonnement est incompatible avec ce qui précède. En effet : soit la pratique est absolument nécessaire et peut alors valoir comme preuve de la véracité de la lecture que notre auteur fait de la constitution, mais dans ce cas toute pratique contraire doit être tenue comme une preuve à l'encontre de celle-ci ; soit la pratique n'est pas absolument nécessaire et, dans ce cas, il est seulement possible de considérer qu'elle est conforme ou non à la lecture que l'on fait de la constitution. Mais il est impossible de refuser toute autonomie à la pratique politique afin de lui donner valeur de preuve, puis de lui rendre cette liberté pour la qualifier d'erreur lorsqu'elle ne va plus dans le sens de son propos. Il ne peut y avoir d'erreur dans un système fondé sur le principe de nécessité.

Un tel paradoxe se retrouve à propos de la qualité d'organe suprême. Pour Malberg « L'organe suprême des Etats ne se reconnaît point à la fréquence de ses interventions : il ne faut pas juger de lui d'après ce qu'il fait à l'ordinaire, mais bien d'après ce qu'il serait capable de faire en certaines circonstances » (*LEVG*, p. 209). Pourtant, c'est bien parce que l'organe suprême sous la constitution de 1875 est le Parlement en vertu des principes révolutionnaires que le système de gouvernement français ne pouvait qu'être le parlementarisme absolu. La capacité de faire et la réalisation de cette capacité doivent être confondues sinon il est impossible de déduire, comme il le fait, du concept selon lequel le Parlement est le représentant de la volonté générale, la nécessaire domination institutionnelle de ce dernier. Comment expliquer alors qu'il distingue ici entre possibilité et réalité ? Entre puissance - ou même pourrait-on dire - souveraineté de fait et de droit ?

⁴² Malberg admet d'abord qu'« il faut reconnaître cependant qu'en ce qui concerne les règlements relatifs aux services publics, il y a, dans l'état actuel de notre droit public lui-même, des raisons qui ont fait que l'Exécutif a pu prendre l'habitude d'en édicter un bon nombre qui procèdent de sa seule initiative et ne s'appuie réellement sur aucune loi antérieure » (*LEVG*, p. 61). Mais il neutralise le pouvoir de réfutation d'une telle pratique vis-à-vis de sa lecture des textes de 1875 en affirmant que le Parlement « pourrait dans ce but, et en usant de menace contre les ministres responsables, contraindre le Gouvernement à retirer le décret irrégulier. En pratique cependant, le Parlement laisse faire : soit parce qu'il trouve son compte à ces initiatives qui allègent sa tâche ; soit, surtout, parce qu'il sait qu'au fond il n'a rien à craindre de ces empiètements, vu qu'il garde toujours la ressource de faire sur la matière une loi qui refoulera tous règlements contraires. Au surplus, il appartient au Parlement d'habiliter les règlements par ses textes législatifs. Dès lors, puisque tout dépend ici de la volonté parlementaire, on comprend que celle-ci puisse tolérer, après coup, des règlements qu'il était en son pouvoir d'autoriser par avance » (*ibid.*). Dans le même sens il affirme qu'il existe des « règlements qui constituaient des initiatives peu conformes à la Constitution et qui ne peuvent s'expliquer que par une tolérance des Chambres » (*CTGE II*, p. 98).

⁴³ Parlant des règlements spontanés en matière de police administrative générale, il dit que : « On peut s'étonner que la jurisprudence ait prétendu maintenir la validité de règlements de cette sorte à l'encontre des pourvoies formés par les intéressés. Peut-être s'est-elle laissée impressionner par des considérations d'ordre utilitaire : il se peut, en effet, que le principe de la Constitution qui n'admet que des règlements exécutant une loi, ne satisfasse pas toujours aux besoins de la pratique. Toutefois, quand il s'agit de décrets touchant au régime juridique des citoyens, il ne dépend pas de l'autorité juridictionnelle de remédier aux inconvénients de la Constitution ou aux insuffisances de la législation » (*LEVG*, p. 62)

Nous n'avons à cette question aucune réponse. Il nous est simplement possible en l'état de souligner qu'un tel raisonnement est paradoxal.

Dans le même sens, on remarque, chose étonnante, que Malberg ne nie pas la possibilité pour un Président ou même pour un gouvernement d'exercer une véritable influence politique pour des raisons liées au contexte ou à l'aspect charismatique d'une personnalité.⁴⁴ Mais une telle réalité n'entache point sa lecture puisque pour notre auteur, c'est toujours le Parlement qui en droit à la capacité de faire prévaloir sa volonté : « Il ne suffit donc pas, pour démontrer l'existence d'un pouvoir gouvernemental du Président, de faire valoir que ce personnage, s'il est doué de hautes capacités politiques, pourra, en certaines circonstances, entraîner à sa suite les ministres, le Parlement et le pays lui-même ; mais il faudrait parvenir à prouver que, même en cas de divergences de vues, le Président a le droit d'imposer son sentiment ou d'exiger qu'il en soit tenu compte. Or, la Constitution exclut certainement une telle prétention de sa part » (*CTGE II*, note 61, p. 102). Ainsi, la question décisive n'est plus, pour Malberg, de savoir qui domine en fait mais qui pourrait dominer en droit.⁴⁵ Il met alors dos à dos le système de gouvernement idéal et le système de gouvernement effectif : il suffit que, d'après sa lecture de la constitution le Parlement puisse toujours imposer sa volonté politique, pour dénier au président, même si en fait ce dernier domine, une véritable puissance autonome. On ne comprend plus alors comment il peut établir un lien d'identité entre système de gouvernement idéal et système de gouvernement effectif. *Si son système de gouvernement idéal se limite au fait que le Parlement - ou l'organe suprême en général - a la possibilité de dominer sans que cette domination soit réelle et permanente, alors un tel système permet plusieurs pratiques politiques.* Or, dans ce cas, il n'est plus possible de prétendre que la soumission actuelle du gouvernement vis-à-vis du Parlement était strictement nécessaire.

On arrive à la conclusion que la thèse de Malberg est dans une certaine mesure *infalsifiable*. Tout est preuve et conséquence de tout et rien ne peut entacher sa lecture. Tantôt la pratique est une preuve, tantôt elle est une erreur. Tantôt la qualité d'organe suprême est aussi une réalité factuelle - c'est-à-dire que l'organe est effectivement en situation de domination - tantôt elle n'est qu'une possibilité d'agir restant cantonnée au pur monde du droit. Malgré toutes ces ambiguïtés, il demeure

⁴⁴ « Quand on dit que, depuis 1875, le chef de l'Exécutif n'a plus aucun pouvoir personnel, on ne veut pas donner à entendre par là que le Président soit voué à une inertie complète. La Constitution ne lui interdit pas et elle ne saurait l'empêcher d'exercer son influence personnelle sur les ministres et sur leurs décisions politiques. Cette influence pourrait parfois devenir considérable : tout dépend, à cet égard, de la valeur propre et du savoir-faire de l'homme qui occupe la Présidence » (*CTGE II*, note 61 p. 102).

⁴⁵ Il pose explicitement une telle question s'agissant des rapports entre gouvernement et Chambres : « En cas de désaccord entre le Gouvernement et les Chambres, qui sera le maître ? Il est certain que, devant la volonté arrêtée du Parlement, l'autorité exécutive est tenue de céder » (*CTGE II*, p. 108)

une certitude : pour Malberg pratique politique et constitution formelle sont déterminées par des concepts ou principes juridiques. Cette lecture essentialiste du droit se révèle particulièrement lorsqu'il aborde l'épineuse question de la réformation du parlementarisme absolu. Une nouvelle fois, non seulement il considère que la signification de la constitution, mais aussi la pratique qui en est faite, ne peuvent être transformées que conformément à son schéma conceptuel.

Paragraphe 2 : La possibilité de réformer le parlementarisme absolu conditionnée par le cadre conceptuel

Comme Malberg lit la constitution de 1875 par le prisme de ses concepts *a priori*, il apprécie les voies possibles de réformation du parlementarisme absolu toujours grâce à ces deniers. C'est ce qui l'amène à rejeter dans un premier temps les propositions classiques de réforme proposées par les auteurs de son époque (A) pour ne retenir qu'une seule solution possible : celle de l'adoption d'institutions démocratiques pour modifier le concept au fondement de l'ordre juridique français. Plus précisément, c'est l'adoption du référendum - en s'appuyant sur l'exemple de la République de Weimar - qu'il va défendre (B).

A- La réfutation des propositions de réformes contraires aux concepts de Malberg

Malberg relève trois propositions de réformation du parlementarisme absolu dans la doctrine : un changement de pratique ; l'introduction du contrôle de constitutionnalité ; le renforcement des prérogatives de l'exécutif.

Il rejette logiquement la première proposition puisque pour lui, la pratique actuelle du parlementarisme absolu n'est pas un choix des acteurs politiques mais la conséquence nécessaire des trois lois de 1875. Aux auteurs qui exhortent les chambres à s'assagir, à laisser l'exécutif retrouver une véritable autonomie, Malberg répond que de telles considérations ne modifieront jamais le fond du système de gouvernement car, en cas de désaccord, c'est toujours la volonté du

Parlement qui s'imposera.⁴⁶ Tant que le Parlement représentera la volonté générale, le gouvernement et le chef de l'Etat ne pourront jamais avoir d'autonomie politique véritable.

A propos du contrôle de constitutionnalité, il reprend les arguments tirés de la brièveté de la constitution et de la main mise du Parlement sur cette dernière pour rejeter l'effectivité d'une telle réforme.

Enfin, c'est sur la proposition de renforcer l'exécutif par une révision constitutionnelle qu'il invoque le plus explicitement son schéma conceptuel. En effet, les solutions comme « l'élargissement du collège appelé à élire le Président de la République ; collaboration ouverte et régulière du Président avec le chef du Cabinet ou les ministres, et même prise de contact du Président avec les chefs de groupes qualifiés des Chambres ; suppression des entraves mises à la dissolution (...) et ainsi de suite » (*LEVG*, p. 201) sont pour lui contraires au principe d'unité de l'Etat et à la nécessité d'un organe suprême : « En tant qu'elles prétendent introduire un régime d'indépendance respectueuse entre le Parlement et le Gouvernement, (elles) viennent se heurter aux exigences de l'unité de l'Etat. L'unité indispensable à l'Etat exclut la possibilité de juxtaposer, en concurrence, deux foyers de la volonté nationale, constitués par deux autorités qui possèderaient, chacun de son côté, fût-ce dans des sphères de compétences matérielles différentes, un libre pouvoir de décision et d'action. » (*Ibid.*). Il est impossible pour notre auteur de réintroduire par une révision un exécutif fort et indépendant car cela reviendrait à tenter de combiner deux régimes qui « s'excluent mutuellement, celui de la monarchie et celui de la représentation de la nation par le Parlement » (« Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ? », p. 5). L'Etat est un et sa volonté doit être une, or « séparer organiquement la législation et le gouvernement, ce serait créer, au sein de la nation, deux centres de volontés et de puissances. Tôt ou tard, cette organisation en partie double conduirait à de graves difficultés » (*Ibid.*, p. 2)⁴⁷.

Tant que le Parlement reste l'organe suprême, tant qu'il demeure le représentant de la volonté générale, il est donc impossible d'envisager un exécutif fort et autonome, détenant le pouvoir gouvernemental. Voilà pourquoi « il semble que, pour parvenir à dualiser le Parlement et l'Exécutif, une seule ressource soit praticable : celle qui consisterait à leur superposer un organe

⁴⁶ « Mais toutes les exhortations de cette sorte laissent entière une autre question, qui, celle-ci n'est plus une question de bonne politique, mais une question de principe et de droit et qui, comme la plupart des questions de droit, se pose sous une forme précise et rigide. C'est celle de savoir ce qui va arriver si, à un moment donné et sur un point déterminé, la façon de voir du Parlement se trouve en opposition avec celle du Gouvernement : de ces deux volontés adverses laquelle est la plus forte ? Le problème étant ainsi posé et alors même qu'il se pose sur un objet relevant de la compétence de l'Exécutif, il ne saurait y avoir doute sur la réponse juridique qu'il comporte » (*LEVG*, p. 200)

⁴⁷ Dans le même sens : « un tel dualisme, qui n'aurait pas de unité pour couronnement, serait une source de désordre et il ne serait sans doute pas susceptibles de durer longtemps » (*LEVG*, p. 213).

d'une essence spéciale et plus haute, c'est-à-dire ayant qualité pour leur imposer à tous deux sa propre suprématie » (LEVG, p. 202). Or, pour Malberg, « dans le France actuelle, il n'y a que le peuple lui même, le corps des citoyens, auquel une telle maîtrise puisse être reconnue par la voie d'une transformation de la Constitution (*Ibid.*, p. 6). « Tout ceci revient à dire que la solution du problème de la limitation de la puissance du Parlement ne peut-être obtenue que par des moyens empruntés à la démocratie » (*Ibid.*, p. 3) car « tant que l'on n'en sera pas arrivé à consacrer la suprématie effective du peuple, il faudra bien se contenter de celle du Parlement » (*Ibid.*, p. 6).

Le raisonnement de Malberg s'est à l'évidence ici totalement affranchi du cadre de la constitution formelle : c'est avant tout en maniant des concepts qu'il traite du changement de système de gouvernement.

B- La nécessité d'un changement d'organe suprême par l'adoption d'institutions démocratiques

Pour avoir un dualisme effectif, il faut faire du peuple l'organe suprême. C'est ainsi que, parlant des constitutions américaines et allemandes, Malberg affirme qu'elles réalisent un dualisme des pouvoirs justement parce que l'unité étatique est assurée par la volonté du peuple.⁴⁸

L'adoption de telles institutions revient pour notre auteur : 1) à faire intervenir le peuple pour trancher les conflits entre législatif et exécutif grâce à une dissolution affranchie du consentement parlementaire ; 2) à donner au peuple un pouvoir de participation à la confection des lois par des mécanismes de référendum d'initiative citoyenne ; 3) à priver le Parlement du monopole de la révision constitutionnelle en y associant le peuple. Ce sont les mécanismes prévus par la constitution de Weimar que Malberg prend comme exemple.⁴⁹

⁴⁸ A propos de la constitution de Weimar : « Si cette constitution a pu établir, entre le Reichstag et le Président du Reich ainsi que les ministres eux-mêmes, un certain dualisme fait de leur équilibre et de leur respective indépendance, ça a été parce qu'elle a édifié un système dans lequel l'Exécutif et le Parlement sont subordonnés à un maître commun, qui est le peuple et avec la volonté supérieure de qui leurs volontés singulières peuvent constamment être confrontées. Elle a pu faire du dualisme par en bas entre les autorités, parce qu'elle assurait l'unité par en haut dans le souverain » (LEVG, p. 213) ; de même a propos de la constitution américaine : « La Constitution des Etats-Unis, si souvent citée comme type d'une organisation tripartite et d'une autonomie quasi-absolue des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, a pris soin de subordonner les trois autorités qu'elle sépare, à un maître suprême, de qui elles tiennent toutes trois leur délégation, et qui est le peuple, source et auteur de tous les pouvoirs. La Constitution américaine n'établit la séparation qu'entre autorités constituées : au degré supérieur, c'est-à-dire en ce qui concerne le pouvoir constituant, elle rétablit l'unité de puissance nationale » (« Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles », *loc. cit.*, p. 3)

⁴⁹ Malberg se réfère principalement aux mécanismes suivants : l'initiative et l'adoption législative citoyenne (article 73 alinéa 3) ; le recours au peuple sur décision du président de la République pour adopter ou s'opposer à une loi votée par le Reichstag (article 74) ; la modification de la constitution par voie de législation incluant ainsi l'initiative populaire de l'article 73 alinéa 3 ; la dissolution du Reichstag aux mains du Président (article 25)

Or pour notre auteur, l'introduction de ces mécanismes formels aurait un effet décisif sur le système de gouvernement français. En effet, non seulement cela permettrait de réviser enfin la constitution pour renforcer le pouvoir de l'exécutif⁵⁰, mais surtout remettrait le Parlement à sa « place », ce dernier ne replissant désormais « qu'un office de fonctionnaire » (« Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », p. 19). On retrouve ici la pensée éminemment essentialiste et conceptuelle de Malberg : le simple changement de concept au fondement de l'ordre juridique transforme profondément ce dernier et la pratique qui en découle. C'est ainsi qu'il affirme que « la consécration weimarienne d'institutions démocratiques superposées au régime parlementaire établie dans les rapports entre Reichstag et Exécutif a eu pour effet immédiat et considérable d'exclure radicalement toute tentative, de la part du Reichstag, de se prétendre le représentant, au sens propre du mot, de la volonté générale » (*LEVG*, p. 210). Et une nouvelle fois, peu importe que le peuple utilise effectivement son pouvoir. Il suffit qu'il soit, en droit, l'organe suprême pour que cela entraîne des conséquences sur l'ensemble de la pratique politique : « Quand encore la démocratisation du Reich ne recevrait, en fait, que des applications exceptionnelles et ne posséderait ainsi qu'une portée théorique idéale, elle produirait toujours un résultat d'une importance capitale, en tant qu'elle interdit tout concept tendant à identifier la volonté parlementaire avec la volonté générale ; et par là se trouvent exclues, du même coup, les répercussions qu'engendre cette sorte de concept et qui sont nombreuses, ainsi qu'on l'a vu au cours de cette étude » (*LEVG*, p. 210).

On peut remarquer les conséquences qu'implique pour notre auteur l'adoption d'un tel concept par la signification différente qu'il donne à des mécanismes similaires ou quasi similaires présents dans les constitutions de 1875 et de Weimar. Nous avons déjà mentionné le cas de l'irresponsabilité du président plus haut. Mais il y a aussi celui de la nomination et de la révocation des ministres et surtout de la dissolution qui « doit s'interpréter, dans le système weimarien, comme une arme qui assurément permet au Président de réagir contre la politique du Reichstag, mais aussi et surtout comme une conséquence de l'idée qu'au-dessus de la volonté parlementaire, il y a une autre volonté plus forte qui est celle du peuple » (*LEVG*, p. 207). Une nouvelle fois, la constitution formelle est lue par le prisme d'un concept.

⁵⁰ « D'une part, lorsque la Constitution s'est affranchie du dogme de la représentation par le Parlement de la volonté générale, il lui devient possible d'atténuer les supériorités qui appartiennent aux assemblées parlementaires vis-à-vis de l'Exécutif » (*LEVG* page 220)

Résumons, au terme de cette partie, les grands traits de cette présentation : pour notre auteur le système de gouvernement du parlementarisme absolu est organisé par la constitution de 1875 dans la mesure où cette dernière repose sur le concept de Parlement représentant de la volonté générale. Pour modifier un tel système il faut changer l'organe suprême par l'adoption d'institutions démocratiques. La rupture avec les prémisses formalistes est donc manifeste : Malberg ne réussit à donner un sens cohérent et complet à la constitution - et à expliquer ainsi juridiquement la pratique - qu'en faisant intervenir des arguments extérieurs au droit positif. La preuve de l'existence d'un cadre conceptuel et de son utilisation par le maître strasbourgeois permet donc de déconstruire l'apparence formaliste de son raisonnement. Mais, si ce formalisme n'est que de façade, quelle est la vraie nature de sa démarche ? Dévoiler l'aspect essentialiste de son raisonnement nous aura en effet convaincu qu'il n'est pas formaliste. Mais peut-on véritablement résumer sa démarche à l'essentialisme ? N'y a-t-il que des concepts chez le maître strasbourgeois ? Nous ne le pensons pas. C'est pourquoi, la phase « négative » de notre étude achevée, il nous faut reconstruire la réalité du raisonnement de Malberg : *celle de système constitutionnel*.

PARTIE II : Le « système constitutionnel », clé de voûte de la théorie malbergienne de la constitution

A ce stade de notre étude, nous avons deux certitudes : 1) Malberg ne se limite pas à une exégèse des dispositions constitutionnelles pour leur donner une signification ; 2) quand Malberg parle de la constitution - que ce soit celle de Weimar ou celle de 1875 - il ne désigne pas *stricto sensu* le texte constitutionnel. Si ces deux certitudes attestent de ce que notre auteur rompt avec son formalisme affiché, nous permettent-elles aussi de reconstruire une cohérence dans sa démarche ? Nous pensons que oui. Ce qui ressort avant tout de l'assimilation constitution formelle et système de gouvernement chez Malberg, c'est qu'il considère les dispositions constitutionnelles comme ne pouvant être lues, appliquées et modifiées indépendamment du *système général dans lequel elles s'intègrent*. La clé de voûte des analyses de Malberg doit donc être recherchée dans *l'idée de système* et plus précisément de système constitutionnel.

Nous pensons que ce système est à la fois sa méthode d'interprétation de la constitution et sa véritable définition de cette dernière. Il serait, à cet égard, autant un devoir être qu'un être. Il serait surtout, à notre sens, la mise en cohérence et le fruit des trois approches contradictoires de notre auteur : le formalisme, l'essentialisme et le transcendantal (Section 1).

De cette approche originale de la constitution, nous tenterons de tirer des leçons générales sur la façon d'aborder le phénomène constitutionnel. De ses forces nous retiendrons notamment que la constitution doit se lire et se comprendre comme un système, et qu'une telle lecture, jamais véritablement auto-suffisante, repose sur un ensemble de représentations, qui préexistent au texte. De ses failles, nous concluons à l'impossibilité de subsumer la pratique politique du droit, à l'impossibilité de parvenir par la seule réflexion abstraite à une signification objective unique et parfaite de la constitution formelle, c'est-à-dire à l'impossibilité d'assimiler constitution formelle et système de gouvernement. Sur ce dernier point, parce le danger est bien présent de dissoudre l'idée même de droit écrit et de constitution formelle, qui ne serait qu'un texte dénué de sens et de force contraignante, nous essayerons, à travers la confrontation Malberg/Capitant - droit écrit/droit coutumier -, de proposer une solution de synthèse qui, sans priver de valeur le droit écrit constitutionnel ne négligerait pas pour autant le rôle déterminant de la pratique politique dans la formation d'un système de gouvernement (Section 2).

SECTION 1 - Le « système constitutionnel » comme vérité de la constitution

Sans même entrer dans la complexité du raisonnement de notre auteur, un de ses propos doit faire douter tout lecteur attentif de son formalisme affiché. Il s'agit de l'opposition entre droit véritable et droit nominal (Paragraphe 1). Comment Malberg peut-il affirmer, d'un côté, qu'est constitutionnel ce qui est adopté en la forme constitutionnelle, et, de l'autre, aller jusqu'à considérer que certaines dispositions constitutionnelles sont purement et simplement des erreurs ou, du moins, uniquement apparentes ?

A notre sens, la notion de système constitutionnel permet seule de lever cette difficulté. La distinction droit théorique et droit véritable ne s'explique que par la lecture systémique que Malberg fait de la constitution. Il faudra donc tenter d'élucider dans l'œuvre de Malberg ce qui permet de donner corps à cette idée de système constitutionnel (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'opposition du droit effectif et du droit nominal

Cette distinction omniprésente dans l'analyse constitutionnelle de Malberg achève de démontrer que notre auteur est loin d'être le formaliste que l'on pense. Il ne donne jamais au texte une valeur absolue et inconditionnée. Au contraire, il distingue entre le « droit nominal et le droit véritable » (*CTGE II*, p. 101), c'est-à-dire ce qui a effectivement une valeur, ce qui est effectif (B) de ce qui est simplement apparent (A).

A- Le droit nominal ou théorique

Les expressions de droit nominal ou théorique reviennent à plusieurs reprises dans les œuvres de Malberg. Sur trois points particuliers il va considérer que la forme du droit n'est qu'une apparence, une illusion qui recouvre une réalité - juridique - radicalement différente.

D'abord, comme nous l'avons déjà mentionné, il affirme que dans la constitution de 1875 le « dualisme et le pouvoir du Président ne sont qu'apparents » (*CTGE II*, p. 101), que les nombreuses prérogatives présidentielles comme le pouvoir de nomination des ministres, le pouvoir de

dissolution... « n'existent qu'en apparence et en la forme » (*CTGE II*, p. 100)⁵¹. Il y aurait donc un écart entre la forme et le fond du droit, c'est-à-dire, pour notre auteur, un écart entre ce que la constitution semble prévoir et ce qu'elle prévoit effectivement.

Ensuite - nous l'avions déjà évoqué - il prétend qu'il n'existe qu'une distinction nominale ou purement formelle entre pouvoir législatif et constituant : « En vain ferait-on valoir que l'Assemblée nationale est, au point de vue formel, un organe différent des Chambres. Il est bien vrai que la Constitution de 1875 n'a pas osé rompre de face avec les précédents créés par les Constitutions de 1791, de l'an III, de 1848, qui avaient établi une apparence de spécialité de l'organe constituant. Mais elle n'a établi, elle aussi, qu'une apparence de séparation entre Constituante et Législature, et, par suite, une ombre seulement de pouvoir constituant » (*LEVG*, p. 133).

Enfin, le dernier point ne concerne plus la constitution de 1875, mais celle de Weimar. Menant une étude sur le concept de loi sous la dite constitution, il constate que cette dernière retient une définition tant formelle que matérielle de l'acte législatif. Or, fort étonnamment, il refuse à la seconde définition toute valeur juridique pour la considérer comme une erreur : « En qualifiant lois, à raison d'une similitude d'effets, les règles de droit visées par les textes signalés dans sa seconde partie, la Constitution de Weimar a cédé à l'influence d'habitudes verbales anciennes, qui proviennent de la vieille idée que tout ce qui est droit - et surtout, droit applicable aux citoyens - a, en soi, nature et valeur de loi. Or cette confusion entre le droit et la loi doit être tenue pour une erreur certaine » (« La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la Constitution de Weimar » (1929), p. 170).

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces trois exemples. Malberg ne prétend à aucun moment, dans chacun d'eux, opposer à l'interprétation littérale dominante une interprétation littérale opposée. Il ne considère jamais que les dispositions qu'il qualifie de nominale ne prévoient pas - *prises individuellement* - ce qu'elles prévoient. Par exemple, il ne nie jamais que la constitution de 1875 confie au Président un pouvoir de demander une nouvelle délibération, il ne conteste jamais non plus que l'article 5 de la loi du 25 février 1875 prévoit un pouvoir de dissolution du Président pas plus qu'il ne refuse à ce dernier la compétence de nomination et

⁵¹ Dans le même sens : « il a été montré que le dualisme nominal qui ressort de la lettre des textes de 1875, n'a qu'une valeur apparente et qu'en réalité, il ne subsiste plus actuellement en vertu de la constitution de 1875 elle-même, qu'un seul organe doué d'une véritable puissance de représentation, le Parlement » (*CTGE II*, p. 403) ; « ce contraste entre le droit nominal et le droit véritable se manifeste pareillement, lorsque l'on considère les conditions dans lesquelles s'accomplissent les actes qui relèvent de la compétence du chef de l'Exécutif » (*Ibid.*, p. 101)

révocation des ministres ... Dans le même sens, il ne prétend pas que l'article 8 de la même loi ne crée pas un organe formellement différent des chambres appelé Assemblée Nationale et, pour le cas de Weimar, il reconnaît bien que la constitution utilise le mot loi dans un sens matériel. D'ailleurs il ne pourrait pas le faire : c'est bien le président de la République qui signe les actes pour lesquels la constitution prévoit son intervention ; c'est bien l'Assemblée Nationale qui statue sur la révision constitutionnelle ; c'est bien le mot loi qui figure dans les articles de la constitution de Weimar qu'il mentionne. Il ne s'agit donc jamais pour notre auteur de contester ni l'existence d'une attribution constitutionnelle, ni la validité du texte, c'est-à-dire son appartenance à la constitution formelle.

Ce qu'il conteste, en revanche, c'est l'effectivité, ou la valeur - cela revient au même pour lui -, de ces dispositions prises individuellement ; soit : leur capacité à produire des conséquences juridiques. *Ce qu'il faut comprendre, c'est que le droit nominal n'est pas véritablement du droit, c'est une forme sans fond, une illusion, une coquille vide.* Voilà pourquoi il parle, par opposition, de droit véritable ou effectif.

B- Le droit effectif ou véritable

A l'inverse du droit nominal, le droit véritable est ce qui, au-delà des apparences de la forme, a effectivement de la valeur. On retrouve deux utilisations différentes de cette idée dans l'oeuvre de Malberg.

Le droit véritable est, d'abord, la signification véritable d'une constitution et sa réalité pratique, les deux étant parfaitement identiques chez notre auteur. Ainsi par opposition au dualisme théorique de la constitution de 1875, le droit véritable est celui du parlementarisme absolu. Les attributions du Président de la République donnent l'apparence d'un dualisme avec un président fort. Mais la réalité juridique, la vérité de la constitution de 1875 est celle d'un Parlement fort qui récupère, comme nous l'avons vu, les pouvoirs que la constitution semble attribuer à l'exécutif. Et, même si la signature et donc l'intervention formelle du président reste intacte, elle n'est qu'une formalité et non l'expression d'un choix ou d'un pouvoir de ce dernier. Malberg tient un raisonnement similaire à propos de la révision constitutionnelle en considérant que la volonté de l'Assemblée Nationale n'est en réalité pas autre chose que celle du Parlement. On comprend alors qu'il n'y a pas de distinction entre droit nominal et véritable. Il n'existe qu'un seul droit, le véritable, le reste n'étant qu'interprétations et représentations erronées.

Le droit effectif ou véritable renvoie aussi pour Malberg à des mécanismes formels dont l'adoption ou la présence dans une constitution transforme la totalité de cette dernière. Nous

pensons évidemment au référendum qui, pour notre auteur, modifierait en profondeur le droit public français, mais aussi à l'introduction du contrôle de constitutionnalité qui, s'il était introduit, ne « s'analyserait pas en une simple révision additionnelle : elle modifierait le système de notre droit public jusque dans ses profondeurs » (« La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar » (1925), pp. 404-405 note 1). Il ne s'agit donc plus ici de voir au-delà des apparences, d'une distinction entre fond et forme du droit, mais d'une hiérarchie entre mécanismes formels. Il existe pour notre auteur certaines dispositions constitutionnelles fondamentales, véritables clés de voûte d'une constitution et dont la présence ou l'adoption change radicalement le droit positif.

Le droit véritable est donc autant ce qui est véritablement fait que ce qui a une valeur véritable. On comprend alors deux choses : non seulement les mécanismes formels n'ont pas tous la même valeur juridique ; mais surtout, les dispositions constitutionnelles ne peuvent se lire et s'apprécier ni individuellement, ni littéralement. Il ne suffit pas qu'une constitution donne à une autorité une prérogative pour que cette autorité puisse réellement disposer de cette dernière. Il ne suffit pas qu'une constitution sépare en deux organes distincts pouvoir législatif et pouvoir constituant pour que cette distinction existe réellement. Il ne suffit pas qu'une constitution qualifie certains actes de loi pour qu'il s'agisse réellement de loi. Cette distinction du droit effectif et nominal pose alors une question centrale : comment notre auteur détermine-t-il ce qui est effectif et nominal ? Comment peut-il distinguer la forme et le fond du droit ? Pourquoi, alors qu'il présente la constitution comme étant avant tout une forme, refuse-t-il à des dispositions adoptées en la forme constitutionnelle une valeur véritable ? La réponse nous semble résider dans une conception de la constitution comme système. *Et, en tant que système, la constitution dépasse ses composantes individuelles. Elle les englobe et détermine leur sens et leur valeur, d'autant que ce système n'est pas uniquement fait de textes mais aussi et surtout de concepts.*

Paragraphe 2 : Une opposition révélatrice d'une approche de la constitution comme système

Les termes de système constitutionnel⁵² ou d'ordre constitutionnel⁵³ sont directement utilisés par notre auteur à diverses reprises. Et, même lorsqu'ils ne sont pas utilisés, on devine que c'est bien du système constitutionnel et non de la constitution formelle que Malberg parle⁵⁴. Ce système constitutionnel renvoie chez notre auteur - à notre sens - à deux choses différentes.

C'est d'abord une démarche, une méthode d'interprétation de la constitution formelle c'est-à-dire une façon de la présenter, de la lire et de lui donner une signification. Le système constitutionnel de ce point de vue est une prescription qui s'adresse à tous les commentateurs des constitutions (A).

Mais le système constitutionnel est aussi la véritable forme de la constitution : la constitution pour Malberg est ontologiquement un système. Cela découle de ce que sa méthode d'analyse systémique repose avant tout sur des essences du droit. Puisque sa méthode est fondée sur des nécessités, son résultat - le système constitutionnel - n'est pas un point de vue mais la seule vérité. C'est-à-dire que le système constitutionnel est une réalité à part entière qui n'a pas besoin d'être découvert pour exister et produire ses effets (B).

⁵² « Système générale de la Constitution de 1875 » (*CTGE I*, p. 537 ; *CTGE I*, p. 225) ; « Système actuellement consacré par la Constitution de 1875 » (« La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875 » (1927) p. 351) ; « Système général d'organisation des pouvoirs établi par la constitution de 1875 » (*CTGE II*, note 17 p. 407) ; « Elle modifierait le système de notre droit public jusque dans ses profondeurs » (« La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar », note 1 pp. 404-405) ; « le système weimarien » (*LEVG*, p. 207)

⁵³ « En particulier, les règles qui déterminent l'autorité ayant compétence pour modifier l'ordre constitutionnel en vigueur » (« La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », p. 1) ; « la subordination du Parlement à l'ordre constitutionnel » (Conclusion de *La Loi*)

⁵⁴ Lorsqu'il parle de la signification d'une constitution particulière - celles de 1875 et Weimar notamment - il utilise alternativement les termes de constitution et de système constitutionnel. Par là il faut comprendre que pour lui la constitution est un système et que réciproquement le système constitutionnel est la véritable constitution.

A- Le système constitutionnel comme méthode d'interprétation de la constitution formelle

Le système constitutionnel est d'abord la véritable méthode que suit Malberg pour assimiler constitution formelle et système de gouvernement. On peut distinguer deux niveaux dans cette méthode.

Le premier - inter-textuel - consiste pour notre auteur à proposer une lecture articulée des différentes dispositions de la constitution (1).

Le second - conceptuel - est une mise en relation des textes avec le schéma conceptuel de notre auteur (2).

Le système constitutionnel comme méthode apparaît ainsi comme une articulation de textes et de concepts.

1) Une analyse systémique du droit, la constitution formelle prise comme une unité

La première particularité de la méthode de Malberg tient à la façon dont il vient apprécier et lire une disposition constitutionnelle. Il ne se limite jamais à son énoncé, mais la replace dans son contexte pour établir sa signification et évaluer sa portée. *Pour lui, le sens de la constitution se révèle dans la combinaison des institutions qu'elle prévoit. C'est ici la première explication de la distinction qu'il fait entre droit théorique et droit véritable.*

Reprenons l'exemple des prérogatives présidentielles. Les trois lois constitutionnelles de 1875 prévoient un certain nombre d'attribution pour le chef de l'Etat. On pourrait alors, comme le faisaient certains auteurs, invoquer les dispositions en question pour affirmer que la constitution prévoit incontestablement au profit du Président des pouvoirs et ce, indépendamment du reste du dispositif institutionnel. C'est là que l'approche de Malberg se démarque. Pour savoir dans quelle mesure, par exemple, le pouvoir de demander une nouvelle délibération des lois ou celui de nommer et révoquer les ministres sont des attributions nominales ou non, Malberg examine : les conditions de prise de l'acte par le Président à savoir le contreseing ministériel ; le principe de responsabilité des ministres devant les chambres ; la distinction d'élection entre les chambres et le président de la République ; le statut d'irresponsabilité du Président... De tout cela, il déduit que le

Président ne peut pas faire un usage libre de ces pouvoirs que la constitution lui a confiés.⁵⁵ Et si l'on prenait un des éléments de réflexion que l'on vient de citer - par exemple l'irresponsabilité présidentielle - on se rendrait compte que, pour l'apprécier, Malberg le mettrait aussi en relation avec le reste de la constitution. Cette façon de raisonner se remarque particulièrement lorsque notre auteur analyse la constitution de Weimar. Relevant que, dans cette constitution, il existe des mécanismes similaires à ceux de la constitution de 1875 - un article prévoyant que la loi est adoptée par le Reichstag (article 68) ; un article disposant que le chancelier et les ministres (au contresense de qui sont soumis les actes du Président selon l'article 50) sont responsables devant le Reichstag - Malberg affirme que « si l'on s'en tenait à ces textes, il faudrait dire que le *Reichstag* est, comme le Parlement français, maître à la fois de la législation et du gouvernement » (*LEVG*, p. 204). Mais justement, comme il ne faut pas s'en tenir à ces derniers, mais les mettre en relation avec les autres dispositions constitutionnelles - à savoir pour notre auteur notamment les différents référendums et le pouvoir de dissolution aux mains du Président - une telle signification ne peut leur être donnée. La même logique est à l'œuvre lorsqu'il affirme qu'il n'existe qu'une définition formelle de la loi sous la constitution de Weimar. C'est parce que la constitution est pour lui une unité qu'elle ne peut consacrer deux définitions de la loi. Or, de l'articulation de l'ensemble de cette constitution, il considère que ressort une définition avant tout formelle de l'acte législatif. Il en déduit alors logiquement que les articles parlant de la loi en un sens matériel sont purement nominaux ; qu'ils sont privés de toute portée non pas en soi mais au regard du système général de la constitution.

Aucune disposition constitutionnelle n'est, pour notre auteur, indépendante des autres. Il y a une circularité de la constitution, un dynamisme qui implique qu'une lecture constitutionnelle est avant tout une mise en relation. Malberg rejette ainsi les lectures partielles, celles par lesquelles un article est isolé, pour affirmer que la constitution prévoit ou ne prévoit pas quelque chose. On comprend alors pourquoi une disposition peut être purement nominale : elle ne l'est pas en soi, mais dans sa mise en perspective avec le reste de la constitution. Une telle approche découle logiquement de l'approche matérielle de la constitution chez notre auteur que nous avons présenté au début de cette étude. Si la constitution établit l'organisation de l'Etat, ses dispositions ne peuvent être démembrées. Sans le tout, les organes ne sont rien. De la même façon, sans la constitution - entendue comme un système - une disposition constitutionnelle n'a ni valeur, ni sens, ni portée. Il

⁵⁵ C'est en ce sens qu'il affirme « il n'est pas exact de dire que, selon le régime parlementaire, le chef de l'exécutif n'a été dessaisi que de la réalité politique de son pouvoir et qu'il en garde la réalité juridique. La vérité est, au contraire, que les institutions juridiques propres à ce régime *sont combinées de façon à faire dépendre, en droit, l'action gouvernementale de la volonté du Cabinet c'est-à-dire du Parlement* » (*nous soulignons, CTGE II*, pp. 90-91, note 54)

n'y a donc pas, d'un côté, le droit des articles de la constitution et la signification générale de cette dernière, mais uniquement le système constitutionnel. Il est dès lors impossible pour notre auteur de considérer que, parce qu'une disposition constitutionnelle n'est pas appliquée, comme elle le laisse entendre prise individuellement, la constitution est violée. *Cela reviendrait à prendre une composante - un article - pour le tout - la constitution.*

Mais ne nous méprenons pas. Ce n'est pas seulement cette lecture d'ensemble qui permet à Malberg de donner une signification à la constitution formelle. Son système constitutionnel - comme méthode - ne se résume pas à une lecture systémique de la constitution formelle. Il comporte tout un pan conceptuel qui est indispensable à notre auteur pour « faire parler les textes », pour leur donner une véritable signification c'est-à-dire pour déduire de la constitution formelle un système de gouvernement. On peut même affirmer que les concepts sont le coeur, la clé de voûte de sa méthode d'interprétation de la constitution.

2) Le système comme articulation des textes et des concepts

L'aspect conceptuel de la méthode d'analyse systémique de Malberg comporte lui-même deux étapes que nous avons déjà exposées, mais qu'il nous faut désormais articuler.

Il y a d'abord le cadre ou système conceptuel de Malberg concernant l'Etat qui constitue un pré-requis, un cahier des charges, que tout Etat et donc toute constitution doit respecter. Parmi ces pré-requis, les plus importants sont le principe d'unité étatique et ses corollaires : impossibilité de tout dualisme ; nécessité d'un organe suprême parmi les trois disponibles (monarchique, démocratie, régime représentatif) ; nécessaire unité dans la formation et l'expression de la volonté étatique... Nous avons vu à quel point ce schéma avait été déterminant dans son assimilation constitution de 1875 et système de gouvernement du parlementarisme absolu. Il nous faut maintenant élargir ce constat et le systématiser.

Armé de son schéma conceptuel - qu'il considère comme une vérité et non comme une représentation - Malberg dispose d'une clé de lecture de la constitution. Cette clé va jouer négativement et positivement.

Négativement, elle lui permet d'exclure certaines interprétations de la constitution formelle. Par exemple, une interprétation qui serait contraire au principe d'unité étatique. Ainsi, dans le système français fondé sur le principe représentatif, les prérogatives du Président de la République ne peuvent constituer un véritable pouvoir autonome sauf à ruiner l'unité de l'Etat.

Positivement, son schéma l'amène à identifier quel concept unificateur à adopter une constitution, pour pouvoir ensuite donner une signification précise à cette dernière. Son raisonnement est le suivant : il cherche d'après les textes qui est l'organe suprême, c'est-à-dire l'organe sans lequel la volonté de l'Etat ne peut ni se former ni s'exprimer ; ayant identifié l'organe, il connaît donc le principe assurant l'unité de l'Etat en question ; il lit ensuite la totalité de la constitution formelle par le prisme de celui-ci. Plus précisément, il met les différentes dispositions constitutionnelles en relation par le biais de ce principe. C'est à ce moment que son système constitutionnel comme méthode s'enrichit de concepts. Reprenons les cas que nous avons déjà étudiés pour illustrer le propos.

Pour le système français nous avons montré qu'il remonte, par un raisonnement transcendantal, au concept révolutionnaire de parlement représentant de la volonté générale. Pour le système weimarien, c'est la présence d'institutions démocratiques telles que le référendum et la dissolution qui vont lui permettre d'affirmer que l'organe suprême est le peuple. Dans le cas des Etats-Unis, que nous n'avons pas encore évoqué et sur lequel Malberg ne s'attarde qu'à propos du contrôle de constitutionnalité, c'est dans le préambule de la constitution de 1787 qu'il identifie le choix du peuple comme organe suprême : « En Amérique, la Constitution seule a été conçue comme une oeuvre de volonté générale. Le préambule de la Constitution des Etats-Unis de 1787 la présente comme ayant pour auteur le peuple, c'est-à-dire le souverain » (*LEVG*, p. 109). Une fois ces concepts identifiés, ils sont intégrés à la lecture systémique de la constitution. Si l'on retient cette idée, les analyses constitutionnelles de Malberg s'éclairent.

On comprend pourquoi des mécanismes formels identiques, comme nous l'avons déjà montré, vont avoir des significations et des effets différents selon le concept avec lequel ils vont être combinés. La dissolution, par exemple, est, pour ce qui concerne le système français, un mécanisme qui a pour fonction de redonner au Parlement de sa superbe ; alors que, dans le système weimarien, elle permet de trancher un conflit entre Parlement et exécutif au profit de l'un ou de l'autre⁵⁶. L'irresponsabilité du chef de l'Etat est une garantie prise contre lui dans le système représentatif français là où, « dans une monarchie, elle constitue une garantie juridique réelle, parce que là elle se combine avec le principe monarchique » (*CTGE II*, p. 103). De la même façon, on comprend mieux pourquoi Malberg considère que les quorums de majorité prévus pour la révision de la constitution de Weimar permettent une rigidité que ceux des constitutions de 1791 et 1875 excluent. C'est parce

⁵⁶ « A cet égard, le pouvoir donné au Président sur le Reichstag est celui de dissolution (art. 25) ; et ce pouvoir doit s'interpréter, dans le système weimarien, comme une arme qui assurément permet au Président de réagir contre la politique du Reichstag, mais aussi et surtout comme une conséquence de l'idée qu'au-dessus de la volonté parlementaire, il y a une autre volonté plus forte qui est celle du peuple » (*LEVG*, p. 207)

qu'en France le concept unificateur est celui de Parlement représentant de la volonté générale que la distinction entre constitution et loi ordinaire est impossible : il ne peut exister au-dessus de la volonté générale exprimée par le Parlement une volonté supérieure ou une contrainte de quelque nature. A l'inverse sous la constitution de Weimar, puisque les institutions démocratiques excluent le dit concept, la rigidité constitutionnelle est envisageable. On pourrait multiplier les exemples : le principe de responsabilité du gouvernement devant les chambres s'interprète comme une soumission totale de ce dernier dans le système représentatif français puisque la seule volonté politique est dans le Parlement ; à l'inverse dans un système fondé sur la suprématie du peuple, ou du moins non fondé sur celle du Parlement, la responsabilité des ministres n'est jamais que le signe d'un gouvernement trait d'union entre Chambres et chef de l'Etat⁵⁷. A ce titre, lorsque Malberg affirme, comme nous l'avons mentionné plus haut, que certaines dispositions de la constitution de Weimar pourraient laisser penser à une suprématie du Parlement, mais que cela n'est point le cas en raison de la présence d'institutions démocratiques, c'est bien parce que de telles institutions interdisent le concept de Parlement représentant de la volonté générale⁵⁸.

On comprend aussi une nouvelle fois la distinction entre droit effectif et droit nominal. Une disposition constitutionnelle est purement nominale si elle est incompatible avec le concept assurant l'articulation du système constitutionnel. Elle ne l'est donc pas en soit mais dans sa combinaison. A l'inverse, le droit effectif ou véritable est le sens de la constitution résultant de l'articulations de ses différentes institutions avec son concept unificateur.

Chez Malberg, l'approche systémique de la constitution peut ainsi se résumer chronologiquement de cette façon (bien qu'il ne distingue pas lui même ces différents moments et qu'il semble même les croiser constamment) : 1) nous avons d'abord le système abstrait qui est la prémisse ; 2) ensuite, il fait une lecture articulée de la constitution pour en faire ressortir son principe fondateur ou fondamental sachant que cette lecture est déjà conditionnée par le schéma conceptuel *a priori*⁵⁹ ; 3) le concept identifié, il va être intégré au système constitutionnel et être mis

⁵⁷ A cet égard on comprend pourquoi Malberg considère que le système anglais permet le gouvernement de Cabinet là où le français l'exclut. C'est parce qu'en Angleterre le Parlement n'est pas le représentant de la volonté générale qu'il lui est impossible de prétendre dominer le gouvernement.

⁵⁸ « La consécration weimarienne d'institutions démocratiques superposées au régime parlementaire établie dans les rapports entre Reichstag et Exécutif a eu pour effet immédiat et considérable d'exclure radicalement toute tentative, de la part du Reichstag, de se prétendre le représentant, au sens propre du mot, de la volonté générale » (*LEVG*, p. 210)

⁵⁹ Il y a des principes logiques qui ressortent de ce système : par exemple il ne peut exister deux pôles de volonté générale ; il ne peut exister de volonté ou de force politique spontanée ou en dehors de l'organe suprême ... Par ailleurs, comme dans le cas français, Malberg peut considérer qu'un système est par essence attaché à un concept unificateur précis. C'est ainsi qu'il affirme, comme nous l'avons montré, que la qualité de représentant du Parlement est la *Grundnorm* du droit public français.

en relation avec la totalité de la constitution formelle. Malberg fait ainsi des va et vient incessant entre les textes et les concepts : des concepts il tire la signification des textes, des textes il induit les concepts fondateurs, de la signification qu'il donne aux textes par le biais de ses concepts il tire la confirmation de la présence de ces derniers dans le droit positif ... etc. On retrouve à nouveau cette circularité si caractéristique de sa pensée et au fond de toute pensée de système.

Avec ces diverses éléments, on comprend que le système constitutionnel de Malberg est d'abord une méthode d'interprétation, une approche originale de la constitution formelle dont l'objectif est de donner à cette dernière une signification complète et absolue. Il y a en effet une véritable force dans la démarche du maître strasbourgeois. Elle permet de résoudre la plupart des incertitudes textuelles et de donner des solutions aux questions non traitées par la constitution. Ces avantages sont bien évidemment permis par l'utilisation de concepts qui clôturent le système et lui assurent sa complétude. En cas de doute, il suffit de se souvenir que le Parlement est le représentant de la volonté générale ou que le peuple est le seul véritable souverain pour en déduire des solutions concrètes. Mais cet aspect de la démarche de notre auteur n'est pas sa seule particularité. Il en demeure une qui est la conséquence logique de tout ce qui précède : si cette méthode, chez Malberg, repose sur des vérités ou nécessités logiques du droit - et non sur des représentations partiales - alors elle est la seule vérité des constitutions. Si les concepts avec lesquels sont combinées les dispositions constitutionnelles existent, cela signifie que cette combinaison n'est pas une interprétation *mais une réalité*. Le système constitutionnel existe donc avant et en dehors de toute conceptualisation. La méthode d'interprétation systémique permet certes de l'atteindre mais elle ne le crée pas. Elle se contente de le dévoiler, de le découvrir. *Plus qu'une méthode, le système constitutionnel pour notre auteur est donc un être.*

B- Le système constitutionnel comme véritable définition de la constitution

Quand Malberg parle de la constitution de 1875 ou de celle de Weimar pour lui donner une signification, il parle toujours en réalité du système constitutionnel. Le système constitutionnel est la véritable constitution chez notre auteur. Insistons bien sur le fait que le terme « véritable » ici ne renvoie pas simplement à une question de bonne ou de mauvaise interprétation. Véritable signifie pour Malberg « réel », comme nous l'avons souligné à propos du droit véritable. *Le système constitutionnel est donc la vraie constitution et cette vraie constitution est une réalité.* Cette particularité de son approche transparait dans les trois caractéristiques qu'il semble prêter aux

constitutions : le dynamisme ; la personnalité ; la nécessité absolue. Seule la notion de système constitutionnel permet de comprendre ce vocabulaire qu'utilise Malberg dans ses oeuvres lorsqu'il parle des constitutions.

On comprend d'abord qu'il puisse parler de la constitution en des termes dynamiques. Il affirme ainsi à plusieurs reprises que la constitution se développe : les Constituants de 75 « avaient introduit dans la Constitution française un germe de gouvernement selon la volonté maitresse des Chambres, germe dont le développement devait naturellement entraîner la disparition du dualisme théorique inscrit dans les textes constitutionnels » (*CTGE II*, p. 95) ; « La mise en oeuvre et le développement de la constitution ont révélé clairement que cette irrévocabilité (présidentielle) n'était pas assurée » (*CTGE II*, p. 104)⁶⁰. De la même façon, il considère que le sens d'une constitution s'apprécie sur le long terme, par les effets que produisent la mise en relation de ses mécanismes et leur fonctionnement : « Les auteurs de cette Constitution n'ont pas suffisamment aperçu les répercussions lointaines que devait juridiquement produire leur principe de responsabilité parlementaire des ministres combiné avec les autres institutions républicaines fondées en 1875 » (*Ibid.*) ; « Car la portée d'une loi, constitutionnelle ou autre, ne se juge pas d'après ce que ses auteurs ont voulu ou cru faire, mais bien d'après ce qu'ils ont effectivement fait, c'est-à-dire d'après les effets que sont susceptibles de produire et surtout d'après les effets qu'ont produits, en fait, les principes et les institutions qu'ils ont adoptés » (*LEVG*, p. 180). Dans ces différents passages, Malberg parle de la constitution comme d'un organisme vivant qui passerait par plusieurs stades de son développement. *On voit qu'il ne la considère plus comme une règle ou comme une norme, pas plus que comme une forme, mais comme un être.*

Il serait pourtant inconcevable qu'une constitution au sens formel se développe. Son interprétation peut évoluer, ses dispositions peuvent être modifiées par voie de révision mais elle ne peut pas à proprement parler se « développer ». C'est seulement si l'on prend la constitution comme un système que l'on peut comprendre l'idée de développement. D'abord, parce que le système constitutionnel repose au final sur l'idée d'organisation chez Malberg. Une constitution crée un système organique, c'est-à-dire des organes recevant des compétences et fonctionnant de concert pour que la volonté de l'Etat puisse se former, s'exprimer et s'appliquer. Il y a donc derrière toute constitution une réalité institutionnelle. Ensuite, parce que le système constitutionnel est un va-et-vient incessant, une interaction continue entre concepts et dispositions formelles. Ainsi, la position

⁶⁰ Dans le même sens : « si au départ, il [le système posé par les lois de 1875] avait commencé, après 1875, par être envisagé et par fonctionner comme un régime de séparation dualiste des pouvoirs entre Chambres et l'Exécutif, aujourd'hui il en est arrivé à un point de son développement où il est devenu bien proche du système qui place, en principe même, la puissance gouvernementale dans le parlement » (*LEVG*, p. 196)

de chacune des autorités constituées, leurs pouvoirs et leur influence politique se révéleront à mesure qu'elles entreront en interaction. *Voilà pourquoi il est possible de parler de la constitution chez Malberg comme un système dynamique et vivant.*

Malberg semble ensuite prêter aux constitutions une volonté ou une conscience propre, c'est-à-dire une forme d'autonomie. Cela se remarque à deux égards.

D'un côté, il prétend souvent que la constitution a voulu ou fait quelque chose : « En subordonnant l'emploi de cette mesure à l'approbation du Sénat, la Constitution a marqué clairement que l'Exécutif ne recevait pas le pouvoir de dissolution pour son propre avantage » (*LEVG*, p. 182) ; « que la Constitution a conçu le Parlement comme représentant attitré et exclusif de la volonté générale » (*Ibid.*, p. 193) ; « Au surplus, la position prise par la Constitution de 1875 dans la question des rapports entre le Parlement et l'Exécutif ressort, avec une clarté décisive, du mode d'élection qu'elle a adopté pour la nomination du Président de la République » (*Ibid.*, p. 192). Dans le même sens, il utilise à maintes reprises des expressions qui laissent penser que la constitution a une capacité de conceptualisation, qu'elle conçoit les choses d'une certaine façon plutôt qu'une autre : « Aux yeux de la constitution » (*Ibid.*, p. 182) ; « la Constitution de 1875 montre clairement qu'à ses yeux, le règlement n'est pas, comme la loi, un acte de puissance initiale » (*Ibid.*, p. 184). De l'autre côté, il refuse toute valeur et tout intérêt aux intentions ou volonté des constituants, acteurs politiques et diverses interprètes de la constitution puisque ce qui compte c'est ce que les constituants ont effectivement fait, c'est-à-dire « les effets que sont susceptibles de produire et surtout d'après les effets qu'ont produits, en fait, les principes et les institutions qu'ils ont adoptés » (*Ibid.*, p. 180).

A la première lecture, ces différentes expressions n'éveillent que faiblement la curiosité du lecteur. On y voit simplement des formules rhétoriques ou littéraires visant pour notre auteur à faire prévaloir son interprétation de la constitution. Assez rapidement on s'aperçoit qu'elles ont pourtant un tout autre sens. Elles montrent que notre auteur considère la constitution comme un être autonome soumis à sa propre logique, disposant d'une existence et d'une identité propre. *C'est-à-dire que la constitution n'existe pas qu'au travers de la volonté et de la conscience des individus.*

Ce point est décisif et mérite que l'on s'y attarde quelque peu. On pourrait penser que la constitution chez Malberg repose fondamentalement sur un choix politique, sur une décision du corps politique au sens où l'entend Carl Schmitt⁶¹. En effet, Malberg considère que ce qui détermine

⁶¹ Schmitt (C.), *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993

avant tout le sens qu'il faut donner aux mécanismes formels, c'est le choix d'un organe suprême. Il y aurait donc, comme chez Schmitt, une forme de constitution positive qui serait le choix d'une forme d'Etat ou de gouvernement et la loi constitutionnelle qui serait non seulement secondaire mais surtout déterminée par le choix politique. Or, s'il y a bien une hiérarchie entre dispositions constitutionnelles chez Malberg comme nous l'avons vu notamment à propos du référendum⁶² et que cette hiérarchie s'explique en partie par le choix d'un organe suprême que traduisent certaines dispositions et pas d'autres, l'idée d'un choix conscient ou d'une décision politique n'apparaissent pas chez notre auteur. Seule compte la réalité de la constitution. Que faut-il comprendre par là ? Tout simplement que le choix d'un organe suprême n'est pas déterminé par la volonté des créateurs des institutions mais par les institutions elles-mêmes : c'est la constitution qui a conçu le Parlement comme le représentant de la volonté générale et non les constituants ; c'est la constitution qui a montré que le dualisme que les rédacteurs pensaient inscrire dans le texte était purement nominal... Une fois créée, la constitution s'émancipe et devient un être autonome soumis à ses propres lois. Et cela n'est concevable qu'à la condition de la considérer comme un système organique reposant sur des essences du droit. On en arrive alors au dernier type de vocabulaire que Malberg utilise lorsqu'il parle des constitutions : la nécessité.

L'idée de nécessité dans le discours de Malberg sur les constitutions intervient à deux égards.

En amont on remarque que les rédacteurs d'une constitution sont obligés de respecter certaines exigences. Le droit positif ne peut pas tout prévoir, il n'est pas un contenant pouvant accueillir tout contenu. A plusieurs reprises Malberg affirme ainsi qu'il était impossible pour les constituants ou la constitution de faire ceci⁶³ ou encore qu'une révision de la constitution ne

⁶² Mais aussi à propos du préambule de la constitution Américaine que Malberg cite comme preuve que cette dernière a fait du peuple l'organe suprême

⁶³ Voir par exemple : l'absence d'élection directe du PDR « procède, au fond, de l'idée, si fortement énoncée en 1789-91, que le peuple n'a pas ou n'est pas admis à avoir de volonté générale autre que celle qui sera émise en son nom par le Parlement ; et c'est, avant tout, par ce second motif, qui se tire des principes mêmes de notre régime représentatif, que la Constitution de 1875 s'est trouvée empêchée, dès l'abord, de reconnaître au peuple la faculté de se donner un Président de son choix (LEVG, p. 193) ; « ils (les constituants) ont bien senti qu'ils ne pouvaient aller jusqu'à l'armer (le président) de facultés qui dussent lui permettre d'engager une lutte ouverte avec un Parlement auquel on n'osait plus contester la qualité insigne de représentant de la volonté du peuple français. C'eût été, manifestement, organiser la lutte du pot de terre contre le pot de fer » (LEVG, p. 191)

pouvait-être introduite qu'à la condition de changer d'organe suprême⁶⁴. Le droit écrit est donc soumis à des nécessités qui lui préexistent⁶⁵.

En aval, nous avons déjà souligné que pour Malberg, une fois la constitution formelle adoptée, elle échappe à ses créateurs. La signification qu'elle prend et la pratique à laquelle elle donne lieu sont des fatalités. C'est ainsi qu'il affirme que le parlementarisme absolu était inévitable.

Quelle conclusion peut-on tirer de ces propos ? Cette idée que, pour lui, il existe une essence de la logique juridique. Les lois de la logique juridique sont tout aussi réelles et nécessaires que les lois de la physique. Pour notre auteur, la science du droit n'est pas simplement, comme chez Hans Kelsen, une façon d'aborder le réel. Ce n'est pas un point de vue mais la découverte et l'explication de lois régissant le réel. On comprend ainsi que pour Malberg la science du droit est une véritable science non tant par la particularité de son approche que par la spécificité de son objet. L'expression énigmatique de « réalité juridique »⁶⁶ qu'il utilise après avoir pourtant considéré que le droit est avant tout une abstraction⁶⁷, doit se comprendre dans ce sens. C'est du moins ce que l'on déduit des propos même de notre auteur : les « problèmes que cette question engage [adoption du référendum], touchent aux concepts mêmes sur lesquels repose, d'une façon essentielle, l'organisation étatique de

⁶⁴ Plusieurs passages illustrent cette idée : « Mais, du même coup, elle permettrait d'éviter les obstacles insurmontables auxquels se sont jusqu'à présent heurtées les tentatives faites en vue de renforcer les pouvoirs de l'Exécutif. Du moment que le corps populaire serait appelé à dire, en cas de besoin, le dernier mot sur toutes les questions, il deviendrait possible de séparer, dans une large mesure, la législation et le gouvernement (...) Cette indépendance ne serait plus inconciliable avec les nécessités de l'unité de direction de la politique nationale » (nous soulignons, « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles », p. 915) ; « Ainsi, dès que la Constitution ne consacre pas effectivement les droits souverains de la volonté générale, en faisant du peuple lui-même l'organe suprême, aussi bien dans l'ordre constituant que dans l'ordre législatif, la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, ainsi que la séparation organique des deux pouvoirs constituant et législatif, s'impose en vertu d'une nécessité qui provient de l'impossibilité de concilier dans le même organe les qualités antinomiques de fondateur de la Constitution et d'autorité fondée par elle » (LEVG, p. 220).

⁶⁵ On note à cet égard une difficulté de chronologie dans la pensée de Malberg. D'un côté, lorsqu'il affirme qu'une constitution a fait sienne un concept ou s'est fondée sur un principe, il en déduit alors qu'elle se trouvait empêchée d'établir des institutions contraires à ce principe. De l'autre, c'est parce qu'il interprète les mécanismes constitutionnels d'une certaine façon qu'il peut affirmer par exemple que la constitution de 1875 a fait sienne le concept de Parlement représentant de la volonté générale. On a alors du mal à comprendre l'ordre logique de sa pensée. De deux choses l'une : soit l'adoption du concept précède la rédaction de la constitution et dans ce cas la détermine ; soit elle lui est concomitante, mais dans ce cas il est difficile de comprendre comment le concept a pu déterminer entièrement les institutions adoptées par la constitution. En effet, comment la constitution pourrait-elle se trouver empêchée - comme le dit notre auteur - d'adopter certaines institutions ou mécanismes en vertu d'un concept qui ne la lie pas encore (ou qui n'est pas encore son fondement cela revient au même) tant qu'elle n'a pas posé l'ensemble des dispositions permettant de déterminer ce dit concept ? On se retrouve dans une situation où le concept est cause et conséquence de la constitution formelle et la constitution formelle cause et conséquence de l'adoption du concept.

⁶⁶ Il utilise cette expression à plusieurs reprises. Par exemple, « de ces deux tendances doctrinales quelle est celle qui doit être tenue pour conforme à la réalité juridique, et de quel côté se trouve la vérité ? » (« La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar », p. 329) ; « réalité juridique » (CTGE I, pp. 35 et 37) ; en parlant de la personnalité juridique de l'Etat : « Personnalité abstraite par conséquent, mais non point fictive, elle a une réalité juridique » (CTGE I, p. 68)

⁶⁷ « Pour ne pas encourir le reproche d'être artificiels et arbitraires, doivent correspondre à des faits et des réalités. Seulement si les notions juridiques se basent sur des faits, il faut bien remarquer que leur objet n'est point d'exposer ces faits en eux mêmes que d'exprimer les relations juridiques qui en découlent, relations qui ont nécessairement un caractère abstrait » (CTGE I, p. 21)

la nation. C'est en vain qu'on chercherait à se dérober à la nécessité de tenir compte de ces concepts » (« Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », p. 18) ; « Il n'entre pas dans le rôle du juriste d'apprécier l'opportunité politique de réformes qui bouleverseraient à ce point notre régime représentatif. Nous nous bornons à observer, du point de vue de la logique juridique, que l'équilibre de l'Exécutif et du Parlement, qui n'existe pas dans notre parlementarisme actuel, ne peut se concevoir que dans et par la démocratie » (LEVG, p. 203).

La constitution est donc un système qui repose sur des lois juridiques. Si ces lois existent réellement et ne sont pas de simples traits d'esprit du juriste, alors le système constitutionnel par conséquent est lui aussi une réalité. Ce point décisif permet d'expliquer pourquoi, malgré le fait que Malberg considère qu'une constitution puisse se développer, que sa signification se révèle par sa pratique, il ne distingue pas constitution formelle et système de gouvernement. En effet, puisque le droit repose sur des considérations de pure logique, cela signifie que la constitution formelle contient en germe son propre développement. Les interactions, qui révèlent le système constitutionnel, ne sont pas le fruit du hasard mais des conséquences nécessaires. Autrement dit, une constitution contient *ab initio* tous ses développements. Nous avons ici un raisonnement de forme quasi hégélienne : la constitution formelle est une graine - un ensemble d'institutions dont la lecture articulée fait apparaître un concept unificateur - qui contient virtuellement tous les détails de la « fleur » qu'elle sera et qui portera ses fruits. Il n'y a donc pas de distinction entre droit et pratique : la pratique est une partie intégrante de la constitution puisqu'elle est la conséquence inévitable de son plein développement.

On en revient ainsi à notre affirmation initiale : *le système constitutionnel est la véritable constitution et cette constitution est une réalité.*

C- Conclusion sur la notion de système constitutionnel et sur la cohérence de la pensée malbergienne

La constitution est donc avant tout un système. Elle n'est pas, comme on pourrait le penser avec les nombreuses références que Malberg fait à la pratique politique, une partie de ce système. Elle est le système tout entier ou plutôt le système est la constitution sous sa véritable forme. Par là, nous voulons insister à nouveau sur cette particularité de la pensée de notre auteur qui nous semble difficile à saisir : il n'y a pas, d'un côté, la constitution et sa pratique, il n'y a pas la constitution et

sa concrétisation ou la constitution et son développement ; il n'y a que le système constitutionnel. Ce système est certes le fruit d'une combinaison entre des concepts juridiques et les dispositions d'une constitution formelle, cette combinaison se réalisant avant tout dans la pratique. Mais il n'y a aucune part de liberté ou d'indétermination dans cette combinaison. En tant qu'elle crée un système organique, condition de l'Etat et donc du droit, une constitution s'inscrit dans un cadre conceptuel, qui conditionne son contenu et détermine sa pratique.

La conclusion qu'il faut donc en tirer est double : 1) Le système constitutionnel ne dépend pas du contexte politique et de l'action des acteurs ; à texte constitutionnel similaire il y aura donc nécessairement une pratique similaire 2) Si le système constitutionnel se révèle par la pratique, il est possible de le découvrir *a priori* puisqu'il est soumis aux lois de la logique juridique. Et l'on comprend bien évidemment que pour découvrir ce système il faut suivre la méthode exposée par Malberg. Quelles conclusions peut-on alors tirer de cette notion de système constitutionnel vis-à-vis et des prémisses formalistes de notre auteur et de notre sujet général de constitution et système de gouvernement ?

S'agissant des prémisses, la rupture est évidemment consommée. Le système constitutionnel de Malberg cadre mal avec la neutralité positiviste et l'exigence qu'il s'était donnée de ne pas partir de concepts rationnels *a priori* mais uniquement des textes. Pour parler de la constitution comme signification, pour assimiler constitution et système de gouvernement, Malberg sort largement du cadre textuel, qu'il s'agisse des trois lois de 1875 ou du cas weimarien. Mais ce qui apparaît comme un défaut de cohérence ne l'est pas en réalité. Bien au contraire. Le système constitutionnel - comme méthode et réalité - réconcilie ses deux définitions initiales et contradictoires de la constitution : la formelle et la matérielle ou transcendantale. Nous en voulons pour preuve que le système constitutionnel est justement une articulation entre textes et concepts. Comme objet la constitution demeure bien ce qui est adoptée en la forme constitutionnelle : c'est bien à partir des textes que Malberg raisonne. Comme signification la constitution respecte bien les exigences conceptuelles de notre auteur puisque les textes sont lus à travers leur prisme. Le système constitutionnel permet donc de résorber la contradiction entre l'acceptation matérielle et formelle de la constitution. Nous pouvons même considérer qu'il est un croisement des trois approches - formaliste, essentialiste et transcendantale - de notre auteur, le recours au transcendantal permettant à Malberg de relier les textes à son schéma conceptuel alors que ces derniers ne contiennent presque jamais de référence directe et explicite à tous ses présupposés théoriques. Ainsi, si la démarche de Malberg est en rupture avec ses prémisses, elle est en osmose parfaite avec le reste de son oeuvre.

Le travail de reconstruction et de mise au jour de la véritable démarche que suit notre auteur pour assimiler constitution formelle et système de gouvernement nous aura ainsi permis - à notre sens - de dévoiler et d'apprécier plus encore le détail, la puissance et l'aspect systémique de sa pensée. Raymond Carré de Malberg pense de façon totale et logique. Sa pensée et son oeuvre sont - comme la constitution - un système que l'on ne peut démembrer au risque de ne plus pouvoir comprendre ses composantes.

Au-delà ce qu'il nous a appris sur sa pensée, le système constitutionnel de Malberg présente aussi et surtout l'intérêt d'éclairer la problématique fondamentale de notre étude : comment penser les liens entre la constitution formelle, sa signification et sa pratique ? De ses faiblesses et de ses forces nous pouvons essayer de tirer des leçons générales sur la réflexion constitutionnelle. C'est ce que nous allons nous efforcer de faire dans l'ultime temps de notre démonstration.

SECTION 2 - Les enseignements du « système constitutionnel » au-delà de Malberg

Cette dernière section est une tentative d'extrapolation. Elle repose sur une interrogation esquissée dès le début de cette étude : quelles leçons peut-on tirer de la conception malbergienne, au-delà de la logique interne de l'oeuvre ? Peut-on identifier une fécondité de cette approche, incontestablement originale, pour la pensée constitutionnelle en général ? Notre réponse sera positive. Nous pensons que du système constitutionnel de Malberg ressortent deux enseignements principaux.

Le premier tient en l'impossibilité de donner une signification à la constitution formelle en prétendant demeurer purement formaliste. Il y a, à notre sens, une double incompatibilité. D'abord parce que la constitution, dans son versant politique tout au moins, ne peut s'aborder comme une forme mais bien comme un système ; ensuite parce que, pour prétendre donner à ce système une signification véritablement précise et univoque, il est impossible de se passer de représentations extra-textuelles (Paragraphe 1).

Le second enseignement découle des difficultés inhérentes à la démonstration du maître strasbourgeois. Il consiste en l'impossibilité d'opposer système de gouvernement effectif et système de gouvernement idéal, c'est-à-dire l'impossibilité d'opposer la signification *a priori* que l'on donne à une constitution formelle et la pratique politique effective de cette constitution. Par là, nous

entendons confronter les positions de Malberg et de son disciple René Capitant, afin de dégager, entre l'affirmation que tout est dans la constitution écrite et celle que tout est dans la pratique, une solution de synthèse. Sans être tout, la constitution formelle n'est pas rien (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La signification de la constitution au-delà des dispositions de la constitution formelle

Nous avons vu que le système constitutionnel de Malberg est - en partie - une méthode. Or nous pensons que, de cette méthode, doit être repris l'enseignement principal : la signification de la constitution ne réside pas entièrement dans les dispositions constitutionnelles. L'analyse purement formelle ne suffit pas à faire émerger un sens global et cohérent, c'est-à-dire dans le cadre de notre étude un système de gouvernement. Non seulement il faut toujours rapporter les dispositions constitutionnelles à leur articulation et leur cohérence d'ensemble (A), mais leur donner une signification précise et univoque suppose encore l'utilisation de conceptions ou représentations extra-textuelles. Et, contrairement à Malberg nous pensons que ces représentations - que nous nommerons constitution idéale pour reprendre une expression du Professeur Armel le Divellec - ne sont pas objectives mais partiales (B).

A - La nécessité d'une lecture systémique de la constitution

Une des leçons que l'on peut tirer de la démonstration de notre auteur, c'est que la constitution ne repose pas sur ses dispositions prises individuellement, mais dans leur articulation. Nous aimerions approfondir ce point qui nous paraît crucial.

Le terme même de constitution implique l'idée d'unité. Lorsque l'on parle d'une constitution formelle, on ne fait pas référence à une juxtaposition d'articles ou une juxtaposition de normes sans rapport ou sans lien. On ne considère pas que la constitution se réduit à la particularité et la diversité de ses composantes. Cela va évidemment de soi lorsque l'on définit matériellement la constitution. Dans ce cas, l'unité de la matière constitutionnelle implique logiquement l'unité ou la lecture d'ensemble. Par exemple, lorsque Malberg parle de la constitution comme l'organisation de l'Etat⁶⁸, c'est-à-dire le texte instituant un ensemble d'organes assurant la formation et l'expression de la volonté de l'Etat - et par là son unité, sa personnalité et donc son existence même - il considère bien la constitution comme une unité. L'organisation par définition est un tout et les organes, pris isolément, ne sont rien. Mais une telle considération n'est pas cantonnée à l'approche matérielle de la constitution avec laquelle Malberg prend, rappelons-le, toutes les distances possibles. En effet, quand bien même on définirait la constitution comme ce qui est adopté en la forme constitutionnelle, deux vecteurs d'unité demeureraient.

D'abord, quel que soit son contenu, la constitution formelle n'en reste pas moins - dans la majorité des cas - un ensemble de dispositions réunies dans un seul et même texte solennel. C'est ainsi que l'on peut se référer à la constitution de la France sans avoir besoin de désigner précisément l'une de ses dispositions. Et, même lorsque la constitution est répartie en plusieurs textes séparés, comme c'est le cas des trois Lois de 1875, le terme constitution au singulier continue d'être utilisé.

Ensuite, s'il existe bien des dispositions formellement constitutionnelle qui n'ont rien de commun avec ce que l'on conçoit habituellement comme la matière constitutionnelle et si le pouvoir de révision n'a pas à proprement parler de limite quant à l'objet de la révision⁶⁹, force est de constater que tout ce que l'on désigne par constitution prévoit systématiquement l'organisation

⁶⁸ Cf. par exemple, « On dit alors que le groupe possède une Constitution, c'est-à-dire une organisation » (*CTGE I*, p. 67)

⁶⁹ Dans le cas de la France notamment le Conseil constitutionnel refuse de reconnaître des limites matérielles à la révision constitutionnelle en se déclarant incompétent pour contrôler les révisions (Décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992 dite *Maastricht II* reprise par la décision n°2003-469 DC du 26 mars 2003 dite *Loi relative à l'organisation décentralisée de la République*)

des pouvoirs publics. Il n'existe pas, à notre connaissance, un texte que l'on nommerait constitution et qui ne contiendrait aucune disposition instituant des organes et distribuant des compétences. Si l'on ne peut ainsi définir la constitution matériellement, comme nous l'avons exposé au début de cette étude, il est tout de même possible de reconnaître l'universalité d'un certain contenu des constitutions. Cela n'entre d'ailleurs aucunement en contradiction avec les définitions formelles et normativistes de la constitution puisque, si la constitution est la norme au fondement et au sommet de l'ordre juridique, c'est bien que cet ordre juridique existe. Or pour qu'il existe, il faut bien créer des organes et attribuer des compétences. Pour en revenir à notre propos initial, puisque l'objet de notre étude porte précisément sur le versant politique des constitutions - ce que nous appelons système de gouvernement - on peut considérer à juste titre que ces dernières sont toujours et doivent toujours être abordées de ce point de vu comme des unités.

Nous arrivons ainsi à une idée qui sous-tend la totalité des analyses constitutionnelles de Malberg et que nous entendons reprendre à notre compte. Si la constitution crée des organes et attribue des compétences, si ces organes et compétences ne sont qu'une partie de l'ensemble qu'est l'Etat et la puissance étatique, alors ils n'existent que dans leur mise en relation. Une constitution, même lorsqu'elle adopte les vues les plus séparatistes comme celle des Etats-Unis, ne crée jamais des autorités ayant vocation à fonctionner en autarcie. Elles sont toujours membre d'un tout et fonctionnent pour lui.⁷⁰ Or la conséquence de cette idée fondamentale est que, justement, les compétences et les attributions d'une autorité ne peuvent s'apprécier que dans leur articulation avec celles des autres autorités. Leur portée, leur valeur, l'opportunité politique qu'elles créent... ne peuvent être considérées de façon statique ou intrinsèque mais uniquement de façon dynamique. Si une disposition constitutionnelle, par exemple, attribue un pouvoir de nomination, de dissolution ou autre à une autorité, mais si elle soumet l'exercice de ce pouvoir au concours d'une autre autorité dont la nomination dépend elle même - en partie - d'une troisième autorité (on retrouve ici le schéma des attributions présidentielles soumises au contreseing ministériel sous les lois de 1875), il est alors impossible de comprendre la portée de l'attribution en se référant au seul article qui la prévoit. De même, il est impossible de considérer que si ce pouvoir n'est pas utilisé ou est entravé par une autre autorité la constitution est violée, car cela reviendrait à ignorer que la portée de la dite attribution dépend avant tout de sa relation avec les autres autorités.

⁷⁰ C'est en ce sens qu'il faut comprendre le rejet absolu chez Malberg de la théorie de la séparation des pouvoirs. Parce qu'elle consacre selon lui une division entre les organes de l'Etat placés sur un pied d'égalité, elle ruine la possibilité même d'un système organique harmonieux. Or ce système est pour lui la condition de possibilité d'existence d'un Etat.

Prenons un autre exemple : si un article d'une constitution fictive (mais largement inspirée de celle de 1958...) prévoit que le gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation mais qu'elle confie la totalité des attributions et des moyens de gouvernement au Président de la République dans ses autres dispositions, pourrait-on véritablement prétendre qu'une pratique présidentiale violerait la constitution ? Il ne suffit donc pas de donner un pouvoir, de déclarer que tel organe est un arbitre ou le centre du gouvernement pour qu'il le soit effectivement et même juridiquement. Sans aller jusqu'à considérer comme notre auteur que le droit est une réalité objective qui produit des effets nécessaires et qui disposent de ses propres lois, nous admettons qu'il existe une logique des institutions juridiques qui invitent l'interprète à lire et considérer la constitution comme un système. *Plus précisément nous considérons que les constitutions doivent être appréhendées non uniquement d'un point de vue normatif mais aussi institutionnel.*

Nous voudrions à présent illustrer concrètement cette « nécessité » de parler de la constitution comme un système institutionnel en relevant quelques traits de langage qui nous paraissent révélateurs. Du point de vue des discours constitutionnels, nous notons qu'outre les expressions usuelles selon lesquelles la constitution « dit, prévoit ou fait » - qui témoignent bien que constitution en ce sens renvoie à une unité ou une globalité - il existe des termes symptomatiques de la nécessité de prendre la constitution comme un système. Le plus explicite est celui « d'esprit de la constitution ou d'esprit des institutions ». Bien qu'il ait d'autres significations et fonctions comme nous le montrerons par la suite, il permet assurément de signifier qu'il existe une unité des dispositions constitutionnelles, une sorte de cohérence qui transcende chaque texte pris individuellement. C'est ainsi que certains auteurs invoquent l'esprit de la Ve République pour déterminer le sens et la portée d'un mécanisme constitutionnel⁷¹ ou que le Conseil constitutionnel se réfère à l'esprit de la constitution pour se déclarer incompétent pour contrôler les lois référendaires⁷². Dans ces cas, les différentes dispositions de la constitution sont articulées afin de déterminer deux choses. D'abord le sens, la portée et la valeur même d'une disposition

⁷¹ « Selon l'esprit de la Ve République, le référendum doit normalement être d'initiative purement présidentielle, car l'une de ses fonctions consiste à confirmer ou renforcer la légitimité du chef de l'Etat » Chagnollaud (D.) et Troper (M.), *Traité international de droit constitutionnel* - Tome 2, Dalloz, 2012, p. 588 ; A propos des censures par le conseil constitutionnel (Décision n°59-2 DC du 24 juin 1959 et décision n°59-3 DC du 25 juin 1959) des premiers règlements des assemblés prévoyant le vote de résolutions spontanées : « Mais comment douter que l'esprit de la Constitution ne soit parfaitement traduit par l'interprétation qu'adopte le Conseil ? » Chevalier (J.), Carcassonne (G.), Duhamel (O.), Benetti (J.), *Histoire de la Ve République*, Dalloz, octobre 2017, p. 58

⁷² « Il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » (Décision n°62-20 DC du 6 novembre 1962 dite *Loi relative à l'élection du Président de la République*)

constitutionnelle. Il ne suffit pas de lire l'article 11 de la constitution de 1958 pour comprendre institutionnellement les implications de l'usage du référendum. Ensuite, le croisement des dispositions vise à déterminer un sens qu'elles ne contiennent pas individuellement. C'est l'intérêt et la force du système : non seulement ses composantes doivent se lire de façon croisée, mais le sens du système dépasse celui de ses composantes. C'est bien dans ce sens là qu'est utilisé - en partie - l'expression d'esprit de la constitution. Ainsi, aucune disposition précise n'interdit les résolutions spontanées du Parlement dans la constitution, mais le conseil considère que le dispositif général de la constitution - on peut bien ici comprendre le système - les exclut logiquement. De même, rien ne l'empêche expressément de contrôler la constitutionnalité des lois référendaires mais le conseil considère que l'esprit - au fond le système institutionnel - lui interdit de prétendre exercer un tel contrôle. Si on peut contester de telles interprétations on ne peut en nier la nature. Il s'agit bien de lectures systémiques des textes, et ces lectures signifient que le sens de la constitution ne se réduit pas à la juxtaposition de ses articles.

La signification de la constitution formelle est donc à chercher au-delà des textes, parce qu'elle est dynamique et non statique. Le système constitutionnel induit au fond que le sens de la constitution existe dans les interactions entre ses différentes dispositions et, plus concrètement, entre les diverses institutions qu'elle établit. Par là on comprend que la constitution comme signification est bien plus un construit permanent qu'un donné. Mais pour construire cette signification, pour « découvrir » un système de gouvernement dans les textes, croiser les articles de la constitution formelle ne suffit pas. Il faut nécessairement un ensemble de représentations - constitution idéale - qui servira de grille d'interprétation. C'est ici le deuxième enseignement que l'on peut tirer du système constitutionnel de Malberg.

B- La nécessité d'une constitution idéale

Si la démonstration de Malberg nous a bien prouvé quelque chose, c'est que pour déduire des textes constitutionnels un système de gouvernement, il invoquait un ensemble conceptuel *a priori* conséquent. Sans ce dernier, impossible de donner une signification à la fois cohérente, générale et précise aux textes. Impossible d'affirmer que la constitution prévoit précisément sa pratique. Impossibilité donc d'assimiler constitution et système de gouvernement. Or nous pensons pouvoir tirer de ce constat une leçon généralisable : lire la constitution implique d'avoir certaines

représentations *a priori* sans lesquelles le texte devient vite muet quant au système de gouvernement.⁷³

Il y a d'abord une évidence qu'il nous faut rappeler : la constitution formelle contient des termes qu'elle ne définit jamais et que le droit positif en général ne définit pas. On peut penser, par exemple, à ceux de responsabilité, d'arbitrage, de souveraineté... Ces termes renvoient nécessairement à des définitions ou du moins des représentations extérieures à la constitution formelle. Mais, outre ces termes ou expressions, que la constitution reprend à un contexte intellectuel qui lui préexiste, elle s'inscrit aussi dans un imaginaire politique et juridique. Qu'entendons-nous par là ? Tout simplement que les interprètes, qu'ils soient des acteurs constitutionnels ou non, ont des idées préconçues de ce qu'est par exemple le pouvoir législatif ou exécutif, de la place que doit avoir un gouvernement dans la confection des lois, de l'indépendance dont peuvent jouir les autorités exécutives vis-à-vis du Parlement... Ces idées préconçues sont des principes interprétatifs que Pierre Avril appelle « conventions fondatrices » dans son ouvrage déjà cité *Convention de la constitution*. Elles visent à diriger la lecture que l'on fait de la constitution grâce à une forme d'idéal régulateur : la souveraineté du Parlement ; la rationalisation du parlementarisme ; le gouvernement de cabinet... Elles vont permettre de donner une signification unique à des mécanismes formels ou de pallier l'incomplétude de la constitution.

Nous souhaitons à nouveau illustrer, du point de vue des discours constitutionnels, cette nécessité d'invoquer des représentations extérieures au droit positif. C'est d'ailleurs la seconde fonction ou la seconde utilisation de l'expression « esprit de la constitution ». Lorsque l'interprétation d'un mécanisme est jugé en référence à l'esprit de la constitution comme dans le passage que nous avons cité plus haut, lorsque la place que doit occuper un organe constitutionnel dans le jeu institutionnel est déterminé par référence à cet esprit⁷⁴, enfin lorsqu'une solution de droit est fondée sur ce qui résulterait implicitement des dispositions constitutionnelles combinées⁷⁵, on comprend que le fondement de l'interprétation est en dehors des textes. Dans les cas que nous avons

⁷³ Malberg semble lui même reconnaître l'existence et l'importance de telles représentations. Ainsi, dans son article sur « La Sanction juridictionnelle des principes constitutionnels » (1929), il reconnaît que « les institutions juridiques ne sont pas déterminées uniquement par des réalités positives et des besoins pratiques : les idées, elles aussi, même quand elles sont contestables, acquièrent, par l'empire qu'elles possèdent sur les esprits, une puissance qui agit fortement sur la formation du droit » (p. 150). Il développe cette idée quelques pages plus tard en affirmant que « tant que l'esprit public demeurera dominé par l'idée que le Parlement concentre en lui légitimement le droit à énoncer la volonté générale, et tant que cette idée se trouvera implicitement consacrée quant à la législation par notre Constitution elle-même, l'on n'aperçoit pas, du point de vue des réalités pratiques, qu'il soit au pouvoir d'un tribunal quelconque (...) de discuter » de la constitutionnalité des lois (pp. 160-161)

⁷⁴ « Dans l'esprit de la Constitution et selon ses propres déclarations (celles du général) au cours de l'élaboration de celle-ci, de Gaulle chef de l'Etat n'est-il pas un arbitre et rien qu'un arbitre ? » Chevalier (JJ.), Carcassonne (G.), Duhamel (O.), Benetti (J.), *Histoire de la Ve République*, *op. cit.*, p. 48.

⁷⁵ Comme dans les décisions déjà mentionnées (n°59-2 et n°59-3 DC du 24 et 25 juin 1959) où le Conseil censure les articles du règlement de l'Assemblée Nationale prévoyant le vote de résolution spontanée.

cités, cet esprit renvoie dans une large mesure à l'intention des constituants de 1958 et plus précisément aux conceptions du Général De Gaulle. Il faut ainsi donner aux dispositions constitutionnelles une signification conforme à ce qu'il est coutume d'appeler le parlementarisme rationalisé, et dans l'éventualité de leur silence, se référer à cet « esprit », à cette clé d'interprétation pour faire apparaître la solution. C'est exactement ce que fait le Conseil constitutionnel dans sa décision du 24 juin 1959 : s'il censure les résolutions spontanées des assemblées qui, selon lui, permettraient de mettre en cause la responsabilité du gouvernement en dehors des procédures des articles 49 et 50, c'est qu'une telle possibilité lui apparaît contraire à la place que doit occuper le Parlement dans le nouveau système institutionnel. Pour justifier sa décision il invoque la combinaison de différentes dispositions constitutionnelles - comme nous l'avons souligné pour montrer que la constitution doit se prendre comme un système - mais une telle combinaison est insuffisante. Comme Malberg ne découvre pas le principe du parlementarisme absolu dans les textes, mais bien au contraire lit les textes à travers le prisme de ce principe, le Conseil n'induit pas des textes le parlementarisme rationalisé mais déduit de cette conception sa lecture des textes.

Nous nous sommes ici concentrés sur le cas de la constitution de 1958, mais l'importance des représentations comme clés de lecture des constitutions formelles n'est pas un apanage de la Ve République. Sous la IIIe République, les débats autour des trois lois constitutionnelles étaient avant tout des confrontations entre représentations différentes. Ainsi les débats sur les concepts de loi et de pouvoir exécutif - déterminants pour juger de la place des autorités dites législative et exécutive puisqu'assimilées par synecdoque à leur fonction - opposaient des conceptions allant bien au delà des textes. Malberg retrace admirablement ces controverses en montrant que les tenants d'une vision rousseauiste de la loi - acte général et impersonnel - s'opposaient aux tenants de la vision monarchiste - acte concernant le droit, c'est-à-dire le statut et les libertés des citoyens - tous deux s'opposant aux visions purement formelles. De façon plus générale, l'opposition clé était celle de l'imaginaire monarchiste et républicain. Comme l'a admirablement montré Nicolas Roussellier dans son ouvrage *La force de Gouverner, Le pouvoir exécutif en France XIX-XXIème siècles*⁷⁶ les républicains furent longtemps incapables de concevoir institutionnellement le pouvoir exécutif sans pour autant réussir à s'en passer. La conséquence était alors - contrairement aux monarchistes - une incapacité à penser un exécutif doté d'une once d'indépendance, vis-à-vis du Parlement en dehors de tout principe monarchique. Dans une certaine mesure, Malberg peut-être pris comme un exemple

⁷⁶ Roussellier (N.), *La Force de Gouverner, Le pouvoir exécutif en France XIXème-XXIème siècles*, Paris, Gallimard, 2015.

de cet imaginaire républicain attendu qu'il ne peut penser l'autonomie de l'exécutif (Président et gouvernement) dès lors que le régime repose sur un principe républicain de gouvernement.

De cette nécessité de mobiliser des éléments extérieurs aux textes pour en tirer un système de gouvernement découle le second grand enseignement que l'on peut tirer de notre étude. Si ces représentations *a priori* ne sont pas - comme chez Malberg - objectives mais partiales et relatives, alors on ne peut considérer qu'une constitution prévoit un unique système de gouvernement. Il n'y a plus de vérité de la constitution grâce à laquelle on pourrait juger positivement ou négativement la pratique. On ne peut donc plus opposer système de gouvernement idéal et système de gouvernement effectif pas plus que l'on ne peut opposer une constitution au sens juridique à une constitution au sens pratique ou politique.

Paragraphe 2 : L'impossibilité d'opposer radicalement constitution formelle et pratique politique

Si l'on ampute le système constitutionnel de Malberg du statut de ses concepts, on arrive à la conclusion que l'on ne peut affirmer l'existence d'un système de gouvernement idéal, c'est-à-dire un système de gouvernement que l'on pourrait découvrir abstraitement en dehors de la pratique constitutionnelle (A). Pour autant, nous rejetons aussi la position opposée selon laquelle le système de gouvernement n'existerait que dans et par la pratique c'est-à-dire au fond que la constitution écrite ne serait qu'un bout de papier sans effet ni valeur (B). De cette opposition nous essayerons alors de tirer une synthèse dans laquelle droit écrit et pratique politique seraient réunis et articulés (C).

A- L'impossibilité d'assimiler constitution formelle et système de gouvernement

L'impossibilité d'assimiler constitution formelle et système de gouvernement revient à rejeter la possibilité de raisonner en système de gouvernement idéal. Le système de gouvernement idéal signifie que le texte constitutionnel contient *ab initio* un système de gouvernement que l'on peut découvrir. Concrètement, cela revient à affirmer que les textes mêmes nous révèlent ce que doit être l'équilibre institutionnel entre organes constitués. Des questions comme : le chef de l'Etat est-il en retrait ou au coeur du jeu politique ? le chef de gouvernement est-il le maître de

l'assemblée et l'Homme fort de l'exécutif ou au contraire le commis du chef de l'Etat ou des chambres ? Le Parlement est-il une simple chambre d'enregistrement ou le moteur de l'action législative et gouvernementale ?... pourraient ainsi être résolues logiquement en dehors de toute pratique. De même, des interrogations plus techniques comme celles de savoir si la signature d'un organe constitue pour ce dernier un pouvoir ou une simple formalité, celle de savoir si l'usage d'une prérogative comme la demande d'une nouvelle délibération ou le référendum ont vraiment vocation à être utilisées et à produire des effets sur le jeu institutionnel... pourraient elles aussi faire l'objet de réponses *a priori*. Or nous pensons à l'inverse qu'une telle position est impossible à tenir et que le cas de la démonstration de Malberg en est une illustration. Deux arguments nous semblent décisifs.

D'abord si une constitution pose un système organique en créant des organes et en attribuant des compétences elle ne préjuge pas de la vie au jour le jour de ce dernier. Elle ne prévoit notamment pas elle-même si les compétences ou pouvoirs qu'elle attribue aux organes ont vocation à n'être utilisés que dans leur intérêt et de leur propre initiative politique. Cela découle logiquement de ce que le droit ne peut véritablement encadrer que la matérialité des faits et non la psychologie. La constitution peut ainsi régler des questions comme celles de savoir qui doit signer un acte pour qu'il soit valide, qui peut déclencher certaines procédures, comment des organes sont-ils nommés. Mais elle ne peut encadrer les intentions des acteurs politiques ou l'influence qu'ils pourront avoir en fait. Sans représentation *a priori*, il est donc impossible de donner une signification politique et institutionnelle précise et définitive à des mécanismes formels. Mais si l'on reconnaît que ces représentations ou présupposés ne sont pas des vérités objectives mais des représentations partiales et partielles, que peut valoir notre interprétation ? Elle n'est qu'un point de vue qui nous empêche de l'ériger en seul véritable système de gouvernement permis par les textes. Par ailleurs, elle n'a aucunement une légitimité supérieure à celle des acteurs politiques qui vont réaliser leur propre interprétation de la constitution pour faire vivre - et l'on comprend construire - le système dont elle a posé les jalons. *Il n'est donc plus possible d'assimiler constitution et système de gouvernement car cela reviendrait à nier la part d'indétermination et donc de construction qui revient à la pratique politique.* Cette conclusion ressort directement du système constitutionnel de Malberg.

En effet, comme nous l'avons vu, Malberg considère que la vérité d'une constitution se révèle avec le temps et la pratique⁷⁷. C'est ainsi que les institutions contenues dans les trois lois de

⁷⁷ Il parle ainsi souvent de « jeu des institutions » (*CTGE II*, p. 103)

1875 ont rapidement débouché sur le système du parlementarisme absolu. Bien entendu, pour lui, la pratique révèle ce sens et ne le construit pas, parce que la constitution repose avant tout sur des concepts. Les institutions juridiques pour notre auteur sont soumises à la logique juridique et ne peuvent s'en émanciper. Or que se passe-t-il si l'on retire ce statut de vérité absolue aux représentations *a priori* de notre auteur ? On se retrouve avec un système constitutionnel qui conserve son caractère dynamique - c'est toujours dans l'interaction que se construit le système - mais qui perd sa nécessité. Il n'y a plus d'assimilation entre la constitution, son sens et sa pratique puisque la constitution ne repose plus sur des essences, ne s'inscrit plus dans un cadre conceptuel et logique, qui détermineraient son unique signification et sa seule mise en pratique possible. Ainsi, le versant institutionnel de la constitution cesse d'être subsumé sous son versant textuel. La composante institutionnelle demeure mais n'est plus absolument déterminée par les textes c'est-à-dire au fond gagne une autonomie. Toute assimilation entre constitution et système de gouvernement devient alors impossible puisque : 1) le sens institutionnel - système de gouvernement - d'une constitution se construit toujours par l'interaction entre ses différentes composantes ; 2) mais ce sens n'est plus unique et déterminé puisque ces interactions ne reposent plus sur des essences du droit.

L'impossibilité de raisonner en système de gouvernement idéal tient ensuite à un problème de scientificité de la démarche dont nous nous sommes déjà rendu compte avec la démonstration de Malberg. Le véritable défaut de l'assimilation constitution et système de gouvernement tient à ce qu'une telle assimilation n'est jamais à proprement parler réfutable.

Il y a d'abord un problème dans le rapport aux faits ou à la pratique puisque les systèmes de gouvernements idéels signifient que la vérité de la constitution est une vérité intellectuelle et non matérielle. Cela pose un problème de cohérence que nous avons évoqué à propos de la place que Malberg donne à la pratique. En effet, d'un côté quelque soit la pratique effective d'un texte constitutionnel, la vérité idéale de ce dernier n'est jamais affectée. C'est-à-dire qu'une pratique contraire au système de gouvernement idéal n'est jamais une preuve contre lui mais toujours une violation. Or de l'autre côté, dès qu'une pratique est conforme au système de gouvernement idéal, elle est considérée comme une preuve de la réalité de ce dernier. Le système constitutionnel idéal est donc infalsifiable en raison du double statut accordé à la pratique politique vis-à-vis de la théorie: là où la théorie est intouchable, la pratique elle est sans valeur dans un cas et décisive dans l'autre.

Un autre problème de ce genre se pose à propos des systèmes constitutionnels idéels construits *a posteriori*, c'est-à-dire une fois que la constitution a été adoptée et que le système organique qu'elle pose a eu l'occasion de se stabiliser en un système de gouvernement. Dans ce cas de figure, la thèse selon laquelle ce système n'est que la conséquence des textes apparaît non seulement artificielle mais une nouvelle fois infalsifiable. En effet, une fois le système de gouvernement constitué, il est toujours possible de produire une interprétation constructive des textes visant à montrer qu'ils ne pouvaient qu'avoir le sens et le résultat actuel. Par ailleurs, la pratique étant stabilisée, il n'y a aucun moyen de falsifier cette lecture de la constitution. On en arrive donc à des théories qui, non seulement justifient un système de gouvernement en invoquant les textes sans réellement prouver qu'ils sont les causes de ce système, mais qui affirment par ailleurs que la signification actuelle donnée aux textes est la seule possible au motif qu'elle est celle retenue dans la pratique⁷⁸. C'est à notre sens l'un des défauts majeurs de la démonstration de Malberg. Ce que l'on prend initialement comme une force - notre auteur produit une analyse parfaitement conforme au système de gouvernement sous la IIIe République - pourrait en réalité être une faiblesse puisqu'en l'absence de toute tentative de falsification, la théorie du maître strasbourgeois n'est au final qu'une façon plutôt qu'une autre d'expliquer la réalité politique sous la IIIe République. Le fait que son analyse de la constitution soit produite près de cinquante ans après l'entrée en vigueur de cette dernière la fragilise donc considérablement.⁷⁹

On comprend alors que le grief de l'absence de caractère scientifique de ces théories ne préjuge pas du fond de leurs affirmations. Le système de gouvernement idéal n'est pas nécessairement en conflit avec le système de gouvernement effectif ainsi que nous l'avons vu avec le cas de Malberg. L'explication du système de gouvernement effectif par les textes peut très bien être convaincante. Le problème porte sur une question de méthode et de démarche qui peut se résumer de la manière suivante : les systèmes de gouvernement idéels sont des conjonctures sans réfutation, pour parler comme Karl Popper. Ils perdent ainsi toute leur objectivité et tout caractère scientifique, à moins de considérer comme le maître strasbourgeois que le droit est un objet du réel soumis à des lois rationnelles que le juriste doit mettre au jour.

⁷⁸ On retrouve par là la circularité de certaines analyses de Malberg dans lesquelles la pratique est la preuve et la conséquence des prémisses.

⁷⁹ On sait sur ce point que Malberg a eu conscience que ses écrits sur le système de gouvernement du parlementarisme absolu présentaient le risque de justifier ce dernier en montrant qu'il était le seul possible sous les trois lois de 1875. C'est pourquoi à la fin de sa vie, que ce soit dans la conclusion de *La Loi* ou dans son article sur la combinaison du référendum et du parlementarisme, il se livre à une critique véritablement politique du régime alors en place et propose les réformes que nous avons déjà présentées. Notons simplement que, fidèle à sa démarche, il ne renonce jamais à l'idée que le parlementarisme absolu était la seule pratique possible de la constitution de 1875. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'afin de le critiquer, il est obligé de sortir de sa neutralité positiviste - comme il le revendique lui-même à la fin de *La Loi* - pour aller sur le terrain politique.

Si l'on devait résumer en un mot les raisons qui nous poussent ainsi à rejeter l'assimilation constitution et système de gouvernement ce serait celui d'indétermination. Le système de gouvernement idéal nie la part d'aléa et de liberté de tout phénomène constitutionnel en considérant soit que la pratique est déterminée par les textes, soit qu'elle devrait l'être. Dans ces deux cas, l'idée que la pratique participe à la formation du système du gouvernement est exclue. Or nous pensons qu'il découle de ce que nous avons précédemment exposé qu'elle en est justement une composante non négligeable. Il est donc impossible ou d'assimiler, ou d'opposer absolument, constitution formelle et pratique politique. Il n'y a pas, d'un côté, la vérité de la constitution et, de l'autre, une pratique plus ou moins conforme. Nous avons cependant conscience des risques que peut présenter une telle affirmation. Si la constitution ne contient pas un unique système de gouvernement, mais que ce dernier est avant tout le résultat de la pratique - sachant que d'autres systèmes sont donc et seront toujours possibles à énoncé constitutionnel constant - quel est alors l'intérêt de se doter d'une constitution ? La constitution n'est-elle au final qu'un vœux pieux et creux, dénué de tout sens et de toute valeur contraignante ? Dans ce cas, il faudrait considérer que la véritable constitution n'est pas dans le droit écrit mais dans le droit coutumier. Cette position radicalement opposée à celle que nous venons de présenter nous apparaît, pour des raisons assez proches, elle aussi, insatisfaisante.

B- L'impossibilité de dissocier absolument constitution formelle et système de gouvernement

Nous l'avions annoncé, il s'agit de la position de l'un des plus célèbres disciples de Carré de Malberg : René Capitant. Elle consiste en la proposition suivante : « les constitutions ne se trouvent pas dans les textes qui sont censés les fonder et qui ne sont même pas capables de les décrire. Elles se trouvent dans la coutume et les doctrines en vigueur et c'est là qu'il faut aller les chercher »⁸⁰. La thèse centrale est ainsi que le droit écrit, non seulement n'est pas le véritable droit, mais encore est incapable de normer la vie politique. Le système de gouvernement n'existe ainsi que dans les faits et jamais dans les textes⁸¹. Tout cela repose en dernière instance sur une définition du droit radicalement opposée à celle du maître strasbourgeois : le droit positif « n'est pas le droit posé par

⁸⁰ Capitant (R.), *Le rôle politique du Président du Reich, Politique*, mars 1932, rééd. dans *Ecrits d'entre-deux-guerres*, *op. cit.*, p. 393-403

⁸¹ « On reconnaît l'étrange faiblesse des textes en matière constitutionnelle, la force d'évasion de la vie politique hors des formules, où l'on a tenté de l'enserrer, le divorce presque constant qui en résulte entre l'apparence juridique et la réalité politique, en un mot l'importance de la coutume constitutionnelle, à côté, et souvent à l'encontre des constitutions écrites. » Capitant (R.), « La coutume constitutionnelle », 1929, rééd. *RDP*, 1979 p. 962.

un législateur, il est le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit appliqué, dont les prescriptions reçoivent généralement exécution dans une société donnée »⁸². Si l'idée de contrainte ou d'exécution matérielle demeure, celles d'Etat et de volonté étatique disparaissent.

On en arrive alors à une affirmation chez Capitant qui apparaît comme une attaque directe de la démonstration de Malberg : « Tout l'effort, toute l'ingéniosité de la doctrine essaye aujourd'hui de voiler cette contradiction profonde entre le droit positif et le droit écrit, et de montrer, contre toute évidence, que nos institutions actuelles restent conformes à la lettre des lois de 1875 »⁸³. Le disciple de notre auteur considère donc, sans détour, qu'il faut dissocier absolument constitution formelle et système de gouvernement⁸⁴.

Nous pensons que cette approche est tout aussi insatisfaisante que la précédente pour des raisons similaires.

D'abord, elle part elle-même du principe qu'il est possible d'assimiler constitution formelle et système de gouvernement idéal, c'est-à-dire qu'il existe une vérité institutionnelle de la constitution. Pour affirmer que la réalité se fait en marge des textes, il faut au préalable avoir une idée assez précise de ce qu'impliquent concrètement les textes. On remarque en ce sens que Capitant assimile lui-même constitution de 1875 et système de gouvernement, et plus précisément système de gouvernement dualiste avec un Président fort. Il affirme ainsi que les trois Lois de 1875 posent un système de gouvernement dans lequel : « le Président de la République, quoiqu'il ne gouverne pas, a, néanmoins certains pouvoirs propres »⁸⁵. Il ajoute que « c'est lui qui est, au dire de ce texte, le chef du Pouvoir exécutif, le gouvernant de la France, car c'est bien gouverner que d'avoir l'initiative des lois, que d'en surveiller et d'en assurer l'exécution, que de disposer de la force armée, que de nommer à tous les emplois civils et militaires »⁸⁶. Il en conclut que « le régime qui ressort du texte des lois de 75, dans sa plus large interprétation, c'est donc un système où le Président de la République gouverne d'accord avec les Chambres, changeant de ministres chaque fois que les Chambres l'obligent à modifier sa politique. Le Président de la République, dans le système décrit par nos lois et qui ne s'est jamais appliqué, est donc placé dans une situation comparable à celle du Conseil fédéral dans la Confédération helvétique, qui gouverne en acceptant

⁸² Capitant (R.), « Le droit constitutionnel non écrit », in *Mélanges François Gény*, Paris, Sirey, 1934, p. 2

⁸³ *Ibid.*, p. 6

⁸⁴ « Il ne suffit pas, en effet, de considérer nos lois de 1875 comme sommaires et incomplètes, mais fournissant pourtant le cadre des institutions que la pratique constitutionnelle a précisé, il faut porter sur elles un jugement plus catégorique, car le régime qu'elles esquissent n'est pas le régime positif français ; celui-ci s'est constitué non dans le cadre, mais en marge du texte de ces lois » R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *loc. cit.*, p. 962

⁸⁵ R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *loc. cit.*, p. 963

⁸⁶ *Ibid.*

les directives des Chambres, sans être responsable devant elles. Voilà le système qui découle de la combinaison des articles 3 et 6 de la loi du 25 février 1875 »⁸⁷. C'est uniquement parce que, de la constitution de 1875, il ressort explicitement un système de gouvernement précis qu'il peut asséner, en guise de coup de grâce à tous les textualistes, que « le Conseil des Ministres tient dans notre droit positif, et en vertu d'une règle purement coutumière, la place que le droit écrit, et par cette contradiction même abrogé, attribue au Président de la République. »⁸⁸

Nous avons suffisamment insisté sur cette idée cruciale d'impossibilité de déduire de la constitution formelle un système de gouvernement pour qu'il nous soit besoin d'y revenir ici. Il nous suffit dès lors de faire à cette position dite « réaliste » le même grief qu'à la position « idéaliste ». En opposant droit et pratique, en opposant théorie et réalité, Capitant n'est donc pas foncièrement différent des textualistes qu'il critique. Il donne simplement une signification différente à la constitution et choisit d'expliquer le système du parlementarisme absolu sans référence au droit écrit.

Ensuite, cette démarche a pour inconvénient d'être elle aussi peu scientifique et de dissoudre l'idée de droit.

Sur le caractère scientifique, on remarque que cette thèse présente deux défauts. Le premier tient à ce que son fondement n'est pas véritablement réfutable pour des raisons qui découlent de ce que nous avons préalablement affirmé. En effet, l'idée que le texte n'a pas d'influence sur la pratique supposerait de prouver : 1) qu'un texte a un sens bien précis et univoque qu'il est possible de confronter à une réalité pratique 2) que la réalité pratique est non seulement contraire à ce sens textuel, mais qu'elle n'a par ailleurs strictement aucun lien avec lui, c'est-à-dire que l'on peut la comprendre et l'étudier en abstraction totale du texte constitutionnel. Au delà du fait que cette absence d'influence nous apparaît fausse comme nous le montrerons par la suite, il y a là un véritable défaut de falsification. Abstraction faite des considérations sur l'impossibilité de déduire d'une constitution formelle un système de gouvernement idéal, on ne voit pas comment vérifier l'absence totale d'influence d'un texte sur une pratique politique... Le second défaut est inverse puisque qu'il concerne le manque, en partie, de conjoncture de cette démarche. Si elle consiste, en effet, à affirmer que le système de gouvernement est entièrement le résultat de la pratique, elle ne peut fonctionner que par constat : le système de gouvernement de la France par exemple est ce système parce que nous constatons qu'il l'est. Si ce système évolue, il ne sera donc possible que

⁸⁷ *Ibid.*, p. 964

⁸⁸ *Ibid.*, p. 963

d'attester de cette évolution. Par là on comprend que cette théorie manque cruellement de conceptualisation ou de prétention explicative. Elle constate empiriquement un phénomène sans véritablement chercher à le comprendre. Et, si elle essaie de le comprendre, elle ne peut que le faire par des considérations qui sortent manifestement de la discipline juridique.

La dissolution de l'idée de droit n'est donc que la suite logique des postulats du raisonnement en système de gouvernement effectif. Si le système de gouvernement n'est absolument pas le résultat du droit écrit mais un phénomène indépendant, alors, si l'on veut aller plus loin que sa simple description, il faudra lui donner des explications non juridiques. Elles seront historiques, sociologiques, psychologiques... c'est-à-dire en résumé des explications de sciences politiques. Mais il sera logiquement impossible de comprendre le système de gouvernement en raisonnant à partir de considérations juridiques. Par ailleurs cette approche revient à dissoudre l'idée même de droit en affirmant que ce dernier se réduit à ce qui s'applique effectivement. On perd alors toute la prétention régulatrice et objective du droit. On en vient même à se demander à quoi peut-il bien servir et ce qui le distingue des autres formes de règles ou de pratiques qu'elles soient sociales ou morales. Surtout l'observateur qui se trouverait dans le besoin d'émettre un avis sur le système de gouvernement, sur sa légitimité ou sur les possibilités de le réformer ne pourrait rien faire d'autre que constater que pour les moments les choses se font d'une certaine façon, par exemple que le premier ministre est l'Homme fort ou que tel organe dispose de telle prérogative.

On comprend que le défaut de cette approche tient, à rebours de la précédente, à la trop faible place qu'elle fait au droit écrit. Par là, elle est paradoxalement empreinte du même fatalisme puisqu'à l'affirmation que le système de gouvernement n'existe que dans les textes, elle répond qu'il n'existe qu'en dehors d'eux. Elle laisse tout autant faiblement place à l'indétermination en refusant de considérer que le système de gouvernement est une articulation entre droit écrit et pratique politique. Il n'y a pas plusieurs systèmes de gouvernement possibles puisqu'il n'y a que le système de gouvernement qui existe en fait, le reste étant profondément inintéressant.

C- Une nécessaire synthèse, la constitution formelle comme cadre

Le problème posé par les deux approches tient à ce qu'elles raisonnent en terme absolu et ne pensent jamais l'articulation entre droit écrit et pratique politique. Soit la constitution formelle est tout soit elle n'est rien. Nous pensons au contraire qu'il faut dépasser cette antinomie.

De l'approche « réaliste » nous reprenons l'idée que la constitution formelle est incapable de normer entièrement la pratique politique. Le droit écrit ne peut anticiper toutes les difficultés et toutes les situations qui se présenteront dans la vie institutionnelle du pays. Il ne peut encadrer la psyché des acteurs politiques, leurs intentions, leur influence. La constitution formelle a par ailleurs besoin d'être concrétisée à divers égards : par les interprétations que l'on fera de termes ou de dispositions qu'elle ne définit jamais elle-même, par des législations dont elle prévoit la nécessaire adoption sans anticiper absolument le contenu, par des règles coutumières qui pallieront ses silences et ses incomplétudes. Il y a donc, dans les constitutions formelles, une part d'indétermination qui empêche de mettre dos-à-dos droit écrit et pratique politique.

Mais la constitution formelle n'en reste pas moins un des éléments clés de la vie institutionnelle d'un Etat lorsque ce dernier en possède une. On ne peut considérer que la pratique politique lui est parfaitement autonome pour plusieurs raisons. Les deux premières sont purement de bon sens. C'est d'abord la constitution formelle qui va créer en partie les acteurs de la vie politique en instituant des organes et en leur attribuant des compétences. Si tous les acteurs du jeu politique ne sont pas prévus par la constitution - par exemple les partis politiques et leurs chefs peuvent parfaitement se constituer en dehors de toute prévision textuelle - les principaux le sont. Ensuite, une constitution pose certaines règles basiques mais fondamentales qui vont limiter les possibilités du jeu politique. Ainsi, par les mécanismes qu'elle adopte une constitution marque un choix, même minimal, du type de régime politique qu'elle souhaite établir. Si elle crée un Président de la République et un Parlement élu au suffrage universel, on voit difficilement comment pourrait naître, tant qu'elle est encore en vigueur, une monarchie ou un empire. Ensuite, une constitution contient toujours des dispositions non équivoques, dont l'interprétation ne peut véritablement être contestée : un mode de scrutin, un quorum de majorité pour un vote, la nécessité d'une signature pour qu'un acte soit valide... Pour toute ces raisons, la pratique politique est donc déjà limitée dans son fonctionnement et encadrée par la constitution formelle.

Au delà de ces raisons, qui peuvent paraître prosaïques, mais qu'il fallait tout de même rappeler, il y en a une autre qui nous paraît tout aussi décisive. Elle porte sur la puissance politique et symbolique attachée à une constitution formelle. Si un Etat choisit de se doter d'une constitution formelle, c'est qu'il considère qu'il est possible et souhaitable de figer dans le droit les règles fondamentales de la vie politique et de les rendre accessibles et objectives en les réunissant en un seul et même texte. Il ne peut point y avoir constitution formelle sans un minimum de culture constitutionnelle et d'esprit constructiviste. Or, par là même, la constitution obtient un statut particulier dans l'environnement et l'imaginaire politique. Elle devient une référence, un socle

fondamental, un objet partagé par l'ensemble de la communauté. Peut-on alors sérieusement penser qu'un tel texte sera ignoré par la pratique politique et n'aura sur elle aucune forme d'influence ? Nous le rejetons doublement. D'abord, la légitimité légale-rationnelle - pour reprendre une nomenclature de Max Weber - attachée à la constitution poussera les acteurs politiques à rattacher leurs actions à cette dernière. Ne possédant pas un pouvoir en propre mais par attribution constitutionnelle, les acteurs chercheront toujours à prouver que leur action est parfaitement conforme au texte.⁸⁹ C'est d'ailleurs à cette occasion qu'ils produiront leur propre interprétation de ce dernier. Ensuite, en raison une nouvelle fois, de l'autorité et de la légitimité attachée à la constitution, elle sera nécessairement une plaque tournante d'un jeu politique conflictuel. Plus précisément l'existence d'oppositions politiques empêchera quiconque d'ignorer le texte puisqu'il donnerait alors à ses adversaires des arguments pour l'attaquer voir le discréditer.⁹⁰ La constitution apparaît donc à la fois comme le terrain de jeu de la pratique politique mais aussi comme une ressource argumentative dont chacun usera à son compte. Pour cette raison elle ne sera jamais ignorée par la pratique politique sans pour autant que cette dernière soit dans une position d'application mécanique vis-à-vis d'elle.

On en arrive à la synthèse qui ressort implicitement de tous les propos précédents. Du point de vue des systèmes de gouvernement, la constitution apparaît comme un cadre. Nous reprenons entièrement sur ce point la thèse du Professeur Armel le Divellec exposée dans plusieurs de ses articles⁹¹. Selon lui, la constitution serait avant tout un « ordre-cadre-normatif ». Un ordre d'abord puisque la constitution doit se comprendre avant tout comme un système et non comme une collection ou juxtaposition de normes. Un cadre parce qu'elle trace des limites qui ne sont pas des déterminations absolues et qui laissent une grande marge de manoeuvre aux acteurs politiques dans leurs pratiques institutionnelles. Enfin normative puisque si une liberté existe pour les acteurs politiques dans leur pratique, la constitution n'en demeure pas moins impérative et régule leurs comportements. Cette thèse mélange donc les idées d'indisponibilité et d'indétermination qui seules permettent de penser l'articulation entre droit écrit et pratique politique. Elle induit surtout que : 1) une même constitution permet plusieurs systèmes de gouvernement ; 2) une constitution n'est pas

⁸⁹ A cet égard le souci d'apparaître dans le respect de la légalité constitutionnelle pour les régimes les plus sombres de notre histoire contemporaine en est une preuve. Pourquoi sous le régime de Vichy les juristes des deux camps s'affrontaient par articles interposés sur la constitutionnalité de la révision de 10 juillet 1940 ? Parce qu'à la constitution formelle est attachée une légitimité politique.

⁹⁰ On peut considérer à l'inverse qu'une vie politique parfaitement homogène, tant du point de vue du personnel politique que des citoyens, affaiblirait considérablement l'influence que la constitution aurait sur la pratique politique.

⁹¹ Précisément un article de 2010 : Le Divellec (A.), « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », in *Jus Politicum*, 2010, n°4 en ligne.

un donné *a priori* mais un construit progressif et continu. On retrouve alors l'idée défendue par Pierre Avril selon laquelle « il ne suffit pas de lire la Constitution écrite pour connaître la constitution réelle, c'est-à-dire les normes qui régissent effectivement le Gouvernement du pays »⁹².

A notre sens cette thèse présente un double intérêt. Elle permet de clarifier l'utilisation de la notion de constitution. Si l'on étudie les discours constitutionnels on constate en effet que cette notion est employée sans distinction pour parler de choses différentes. Pour reprendre le cas de Malberg, on remarque que sous sa plume, constitution renvoie aussi bien au texte des trois lois de 1875 - c'est-à-dire la constitution formelle - qu'au parlementarisme absolu - c'est-à-dire au système de gouvernement de la IIIe République. Aujourd'hui encore, lorsqu'on nous parle de la constitution de la Ve République, on ne sait jamais très bien s'il s'agit du texte même de 1958 ou de la façon dont il a été concrétisé. La distinction constitution et système de gouvernement présente donc l'utilité d'associer à deux réalités distinctes deux termes différents. Elle permet de ce fait une meilleure description et compréhension du phénomène constitutionnel.

Mais cette approche présente aussi un intérêt pratique. Elle permet de penser et d'évaluer l'impact que le droit écrit peut avoir sur la pratique politique. En ce sens, elle est essentielle pour tenir un discours opérationnel, c'est-à-dire savoir dans quelle mesure il est possible d'influencer la mise en place d'un système de gouvernement. En effet, si un système de gouvernement ne résulte pas tout entier d'une constitution, cela signifie qu'il ne suffit pas de changer la constitution formelle pour le modifier. Il ne suffit pas, comme le prétend Malberg, d'adopter des institutions ayant pour effet de changer le principe unificateur de l'Etat pour que la pratique politique soit profondément bouleversée. Plus qu'un intérêt de clarification scientifique, cette thèse a donc des implications profondément politiques.

⁹² Avril (P.), *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, collection « Léviathan », 1997, p. 11

Conclusion

Avec la fin de notre étude nous renouons donc avec la problématique générale qui l'avait ouverte. Etudier le cas de Raymond Carré de Malberg avait pour but affiché de tester notre thèse initiale d'une distinction entre constitution formelle et système de gouvernement. Nous pensons qu'en déconstruisant l'apparence de formalisme de la démarche de notre auteur et en dévoilant la réalité de son raisonnement - le système constitutionnel - nous avons conforté notre position. Mais étudier l'assimilation entre constitution et système de gouvernement chez le maître strasbourgeois aura aussi permis, comme nous l'espérions, de faire avancer notre réflexion sur la notion de constitution. Grâce à elle, nous avons pu tenter une conceptualisation de l'impossibilité d'assimiler ou de dissocier constitution et système de gouvernement. A notre sens, le résultat de cette conceptualisation rejoint les thèses développées par le Professeur Armel le Divillec et sa définition de la constitution comme ordre-cadre-normatif. Mais cet aboutissement soulève lui même de nombreuses interrogations. Parmi elles, nous en distinguons une principale et d'autres plus accessoires.

La principale concerne le rôle de la doctrine dans l'analyse du phénomène constitutionnel. Si la constitution ne contient pas *ab initio* une signification institutionnelle complète et précise, que peut bien faire le juriste lorsqu'il est confronté au commentaire d'une constitution particulière ou lorsqu'on lui demande son avis sur la conformité de la pratique à cette dernière. Peut-il encore émettre un jugement ? Doit-il simplement remarquer que la constitution a été concrétisée d'une certaine manière parmi celles qui semblaient possibles ? Dans quelle mesure peut-il et doit-il tenter d'anticiper les réponses aux questions institutionnelles qui pourraient se poser ? On peut aussi s'interroger sur ce que devra être le coeur de son travail de recherche s'il ne s'agit plus de découvrir un sens unique et caché des constitutions formelles. Lui faudra-t-il s'essayer à une typologie des institutions juridiques et mécanismes formels selon leur plus ou moins grande influence sur le jeu politique comme a pu le faire Malberg à certains égards en traitant des institutions démocratiques - comme le référendum et la dissolution - et du contrôle de constitutionnalité ? Devra-t-il, de l'autre côté, présenter une typologie des faits politiques impactant un système de gouvernement : personnalité politique marquante ; distorsion des majorités ; période de guerre... ? On se demande surtout s'il lui sera encore possible de présenter une grille de lecture et une analyse qui ne se

perdent pas dans les détails des faits politiques et dans le relativisme. Le risque d'une telle théorie est donc le revers de son approche complexe - et à notre sens juste - du phénomène constitutionnel. Reconnaître le dynamisme des systèmes de gouvernement, affirmer que les concrétisations sont multiples et non déterminées *a priori*, ne revient-il pas à rendre extrêmement difficile en dernière analyse de penser l'articulation entre droit écrit et politique ? Nous n'avons sur ce point aucune réponse à ce jour. Nous nous bornons donc au constat que la dissociation des constitutions et systèmes de gouvernement, la distinction entre l'objet constitution et le sens de cet objet, laissent un vide conceptuel qui appelle à une tentative de reconstruction.

Les interrogations accessoires ne le sont que du point de vue académique. D'un point de vue politique, elles sont probablement les principales. Elles concernent au fond le rôle et la légitimité des différentes institutions.

La première de ces institutions est la juridiction constitutionnelle. Il est vrai aujourd'hui que son intervention porte principalement sur le versant droits et libertés individuelles plutôt que sur les systèmes de gouvernement. Mais on est tout de même en droit de se demander quel doit-être le rôle d'une juridiction constitutionnelle dès lors que la norme de référence de son contrôle n'est pas un donné mais un construit.⁹³ Plusieurs questions se posent alors. Si la pratique et les enjeux politiques ont une place non négligeable dans la formation d'un système de gouvernement, ne faudrait-il pas que la composition d'une juridiction constitutionnelle en prenne acte ? Par exemple ne faut-il pas y nommer des personnalités politiques conscientes de la nécessaire liberté à accorder au jeu politique ? On peut par ailleurs se demander quelle peut-être et quelle doit-être l'influence d'une juridiction constitutionnelle dans la mise en place d'un système de gouvernement ? Par exemple lorsque le conseil constitutionnel français censure les articles relatifs aux résolutions spontanées des assemblés et défend le système de gouvernement du parlementarisme rationalisé avec prépondérance de l'exécutif, est-il encore à sa place ? Dans quelle mesure le juge constitutionnel est-il légitime pour imposer sa vision du système de gouvernement ? On se rend compte de la délicatesse de ces questions par la difficulté que peut avoir le juge à se faire une idée claire de son rôle⁹⁴. Mais on pourrait très bien considérer à l'inverse que le juge constitutionnel, doté d'une attribution constitutionnelle comme les autres organes est lui aussi libre de déterminer sa place dans

⁹³ Cette problématique de la construction de la norme de référence par le juge constitutionnel n'est pas cantonnée - bien au contraire - au versant politique des constitutions.

⁹⁴ L'exemple parfait est celui des décisions de la cour constitutionnelle allemande à propos de l'usage de la dissolution prévu à l'article 68 de la Loi Fondamentale allemande. Dans une décision de 25 août 2005, reprenant une position déjà exprimée en 1983, le juge constitutionnel allemand refuse de s'immiscer trop fortement dans le jeu politique. La cour de *Karlsruhe* considère précisément que la norme de l'article 68 est une norme ouverte et qu'il incombait, tant à elle qu'aux autres organes constitutionnels suprêmes, de la concrétiser.

le jeu institutionnel. En effet, pourquoi si nous ne pouvons avoir une idée *a priori* précise et complète de la place et de l'influence des différents organes constitués, cela n'inclurait-il pas le juge constitutionnel ? Par la diversité de ses attributions potentielles, qui font de lui un véritable co-législateur, il devient une institution du paysage politique que l'on ne peut ignorer. Il n'est donc pas à proprement parler extérieur au système de gouvernement mais bien au contraire, selon la latitude qu'il reconnaît à son contrôle et ses liens plus ou moins formels avec les autres institutions politiques⁹⁵, une composante de ce système. En déterminant son rôle et la norme de référence de son contrôle il ne fait donc que concrétiser le cadre qu'est la constitution.

La problématique de la légitimité n'est d'ailleurs pas cantonnée au juge constitutionnel. Si la constitution n'est pas absolument une contrainte pour les acteurs politiques, c'est la légitimité même de cette dernière ainsi que celle de la pratique politique qui est fragilisée. En effet, comme nous l'avions souligné précédemment, l'idée sous-jacente à toute constitution formelle est celle de normer la politique. Nous adoptons une constitution formelle pour renverser les rapports entre pouvoir et droit : désormais le pouvoir est légitime parce qu'il est fondé, limité et dirigé par un texte. Or que devient la légitimité de ce texte et par conséquent la pratique des acteurs qui s'en revendiquent si l'on brise l'identité entre les deux. Quelle garantie représente alors la constitution pour les citoyens ? Faut-il, pour pallier à ce vice, rédiger des constitutions dont le détail et la précision serait telle qu'elles excluraient la liberté des acteurs politiques ? Mais cela est-il véritablement possible et souhaitable ?

Sur toute ces questions, dont l'importance ne saurait être minorée, nous n'avons à ce jour aucune réponse mais seulement l'intuition qu'elles impliquent une réflexion plus générale sur la nature et la légitimité du droit. Si le droit est une création humaine dont l'idéal est l'objectivité, la rationalité et l'indisponibilité, comment concilier cet idéal avec la réalité de la médiation humaine impliquant par essence le relatif et l'imprévisible ?

⁹⁵ Pensons par exemple à l'existence des « portes étroites » c'est-à-dire les discussions officieuses et privilégiées entre gouvernement et conseil constitutionnel français au cours desquelles le premier avance devant le second des arguments auxquels les saisissants n'auront pas forcément accès.

Bibliographie

Oeuvre de Raymond Carré de Malberg

Ouvrages (et abréviations utilisées)

Carré de Malberg (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (Tome I), Paris, Sirey, 1920 - CTGE I

Carré de Malberg (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (Tome II), Paris, Sirey, 1922 - CTGE II

Carré de Malberg (R.), *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931 - LEVG

Carré de Malberg (R.), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933 - CTFDD

Articles

Carré de Malberg (R.), « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles, L'Alsace Française, 6 octobre 1923, p. 912-917, repris dans *Revue française d'Histoire des Idées Politiques* n°4, 1996, p 369-378.

Carré de Malberg (R.), « La question du caractère étatique des pays allemands et l'article 76 de la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1924, p. 285-325.

Carré de Malberg (R.), « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1925, p. 321-347 et 398-425.

Carré de Malberg (R.), « La constitutionnalité des lois et la constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927, p. 339-354.

Carré de Malberg (R.), « Observations sur le fondement juridique de la force obligatoire de la loi », *Revista de Drept Public*, Bucarest, 1927, p. 4-43.

Carré de Malberg (R.) « La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée*, 1928, p. 597-619. et 1929, p. 155-173.

Carré de Malberg (R.), « La sanction juridictionnelle des principes constitutionnels », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p. 144-161.

Carré de Malberg (R.), « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *Revue du droit public*, 1931, p. 225-244.

Autres références utilisées

Sur la constitution en général

Avril (P.), *Les conventions de la constitution*, Paris, PUF, collection « Léviathan », 1997.

Capitant (R.), « La coutume constitutionnelle », 1929, rééd. *RDP*, 1979.

Capitant (R.), « Le rôle politique du Président du Reich », in *Politique*, mars 1932, rééd. in *Ecrits d'entre-deux-guerres, op. cit.*, p. 393-403.

Capitant (R.), « Le droit constitutionnel non écrit » in *Mélanges François Gény*, Paris, Sirey, 1934, pp. 1-8.

Schmitt (C.), *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993.

Sur la problématique constitution et système de gouvernement

Le Divellec (A.), « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », in *Jus politicum*, n°4, 2010.

Le Divellec (A.), « Constitution juridique, système de gouvernement et système politique », in *Mélanges Hugues Portelli*, Dalloz, 2018.

Le Divellec (A.), « De quelques facettes du concept juridique de constitution, essai de clarification sémantique », in *Mélanges Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018.

Sur la pensée de Raymond Carré de Malberg

Brunet (P.), « Les idées constitutionnelles de Raymond Carré de Malberg, (1861-1935) », 2012. <halshs- 00662018>.

Capitant (R.), « Carré de Malberg et le régime parlementaire », in *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966.

Maulin (E.), *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003.

Maulin (E.), « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », in *Annales historiques de la Révolution française*, 328 | 2002, 5-25.

Waline (M.), « Le positivisme juridique de Carré de Malberg », in *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1966.

Pour un éclairage juridico-politique original sur la IIIe République

Roussellier (N.), *La Force de Gouverner, Le pouvoir exécutif en France XIXème-XXIème siècles*, Paris, Gallimard, 2015.

Table des matières

Remerciements.....	2
Introduction.....	3
I- Constitution et système de gouvernement, un couple nécessaire.....	3
<i>A-La constitution, notion fondamentale en proie à de nombreuses incertitudes.....</i>	3
<i>B-Le système de gouvernement, notion essentielle pour parler de la constitution comme signification</i>	10
<i>C-Enjeux fondamentaux des relations entre constitution formelle et système de gouvernement.....</i>	14
II- Raymond Carré de Malberg et la problématique « constitution/système de gouvernement ».....	14
<i>A-Un monument du droit public père de la définition formelle de la constitution.....</i>	14
<i>B-Une assimilation constitution et système de gouvernement reposant sur des prémisses formalistes</i>	16
PARTIE I : Une assimilation « constitution formelle/système de gouvernement » en rupture avec les prémisses formalistes.....	28
<u>SECTION 1 - Un ensemble de conception rationnelle a priori sur le droit.....</u>	29
Paragraphe 1 : L'Etat, concept fondamental et universel du droit.....	29
<i>A-Un concept universel.....</i>	30
<i>B-Le concept juridique d'Etat : unité et puissance de domination originaire.....</i>	30
<i>C-Les conséquences pratiques sur l'organisation de tout Etat.....</i>	31
Paragraphe 2 : Les concepts du droit public français assurant l'unité de l'Etat.....	32
<i>A-La nature des concepts révolutionnaires : les Grundnormen du droit public français.....</i>	33
<i>B-La substance des concepts révolutionnaires.....</i>	34
<i>C-Les conséquences institutionnelles des principes révolutionnaires.....</i>	37
Paragraphe 3 : Des conceptions rationnelles a priori débouchant sur une constitution a priori	40
<u>SECTION 2 - Des textes aux concepts : la validation textuelle du schéma conceptuel par une méthode transcendantale.....</u>	41
Paragraphe 1 : Des éléments textuels attestant d'une primauté du pouvoir législatif.....	42
<i>A-Une distinction formelle des pouvoirs législatif et réglementaire assurant la prééminence de la loi et du Parlement.....</i>	42
<i>B-L'absence de contrainte constitutionnelle pour les lois ordinaires.....</i>	46
<i>C-Un caractère obligatoire des lois malgré l'absence de toute formule exécutoire.....</i>	50
Paragraphe 2 : Les concepts révolutionnaires comme condition de possibilité de la suprématie législative.....	50

SECTION 3 - Des concepts aux textes : l'assimilation « constitution/système de gouvernement » permise par le cadre conceptuel..... 52

Paragraphe 1 : Les rapports entre Parlement et exécutif appréciés à l'aune des concepts révolutionnaires..... 53

A-Les incertitudes textuelles éclairées par le concept de Parlement représentant de la volonté générale..... 53

B-Le parlementarisme absolu justifié par le concept de Parlement représentant de la volonté générale..... 62

Paragraphe 2 : La possibilité de réformer le parlementarisme absolu conditionnée par le cadre conceptuel..... 66

A-La réfutation des propositions de réformes contraires aux concepts de Malberg..... 66

B-La nécessité d'un changement d'organe suprême par l'adoption d'institutions démocratiques 68

PARTIE II : Le « système constitutionnel », clé de voûte de la théorie malbergienne de la constitution..... 71

SECTION 1 - Le « système constitutionnel » comme vérité de la constitution..... 72

Paragraphe 1 : L'opposition du droit effectif et du droit nominal..... 72

A-Le droit nominal ou théorique..... 72

B-Le droit effectif ou véritable..... 74

Paragraphe 2 : Une opposition révélatrice d'une approche de la constitution comme système 76

A-Le système constitutionnel comme méthode d'interprétation de la constitution formelle..... 77

B-Le système constitutionnel comme véritable définition de la constitution..... 82

C-Conclusion sur la notion de système constitutionnel et sur la cohérence de la pensée malbergienne..... 87

SECTION 2 - Les enseignements du « système constitutionnel » au-delà de Malberg..... 89

Paragraphe 1 : La signification de la constitution au-delà des dispositions constitutionnelles 90

A-La nécessité d'une lecture systémique de la constitution..... 91

B-La nécessité d'une constitution idéale..... 94

Paragraphe 2 : L'impossibilité d'opposer radicalement constitution formelle et pratique politique..... 97

A-L'impossibilité d'assimiler constitution formelle et système de gouvernement..... 97

B-L'impossibilité de dissocier absolument constitution formelle et système de gouvernement... 101

C-Une nécessaire synthèse, la constitution formelle comme cadre..... 104

Conclusion..... 108

Bibliographie..... 111

Table des matières..... 114